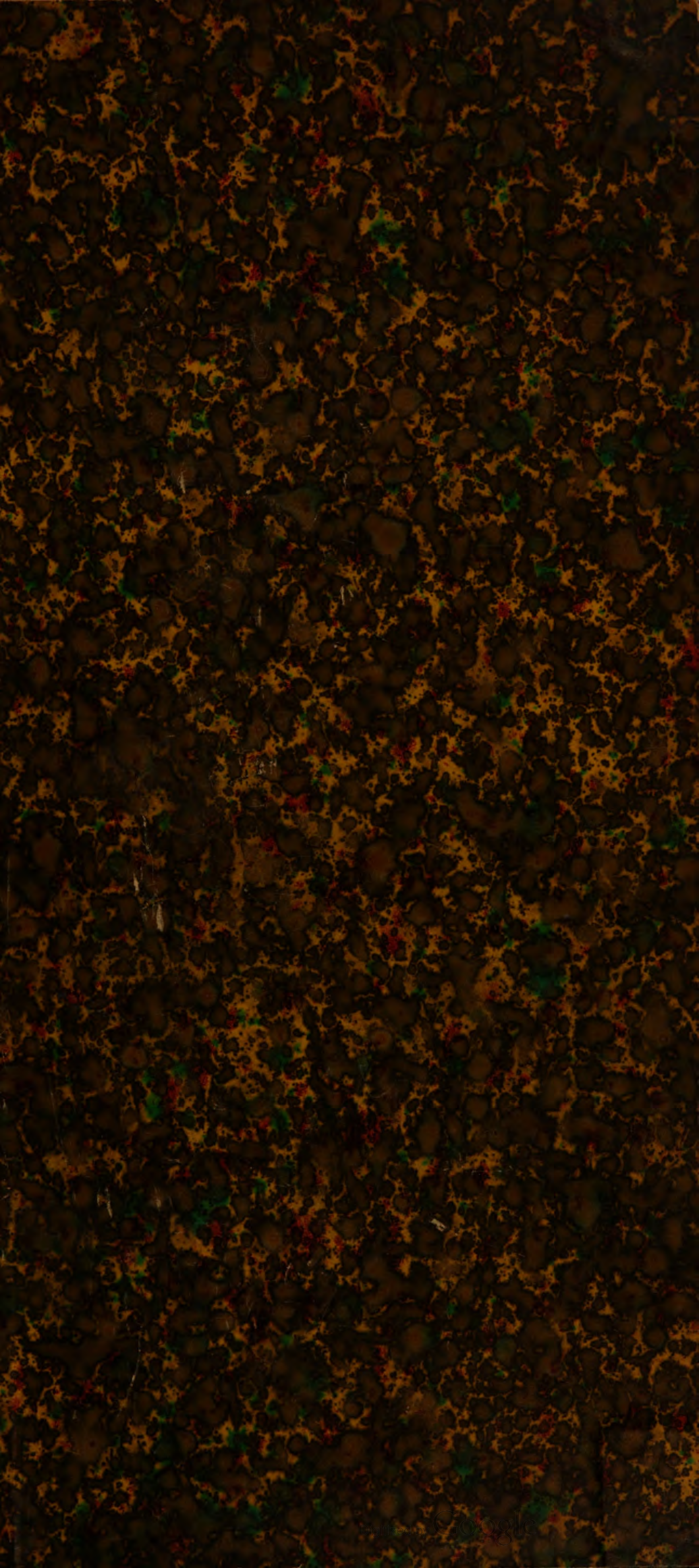
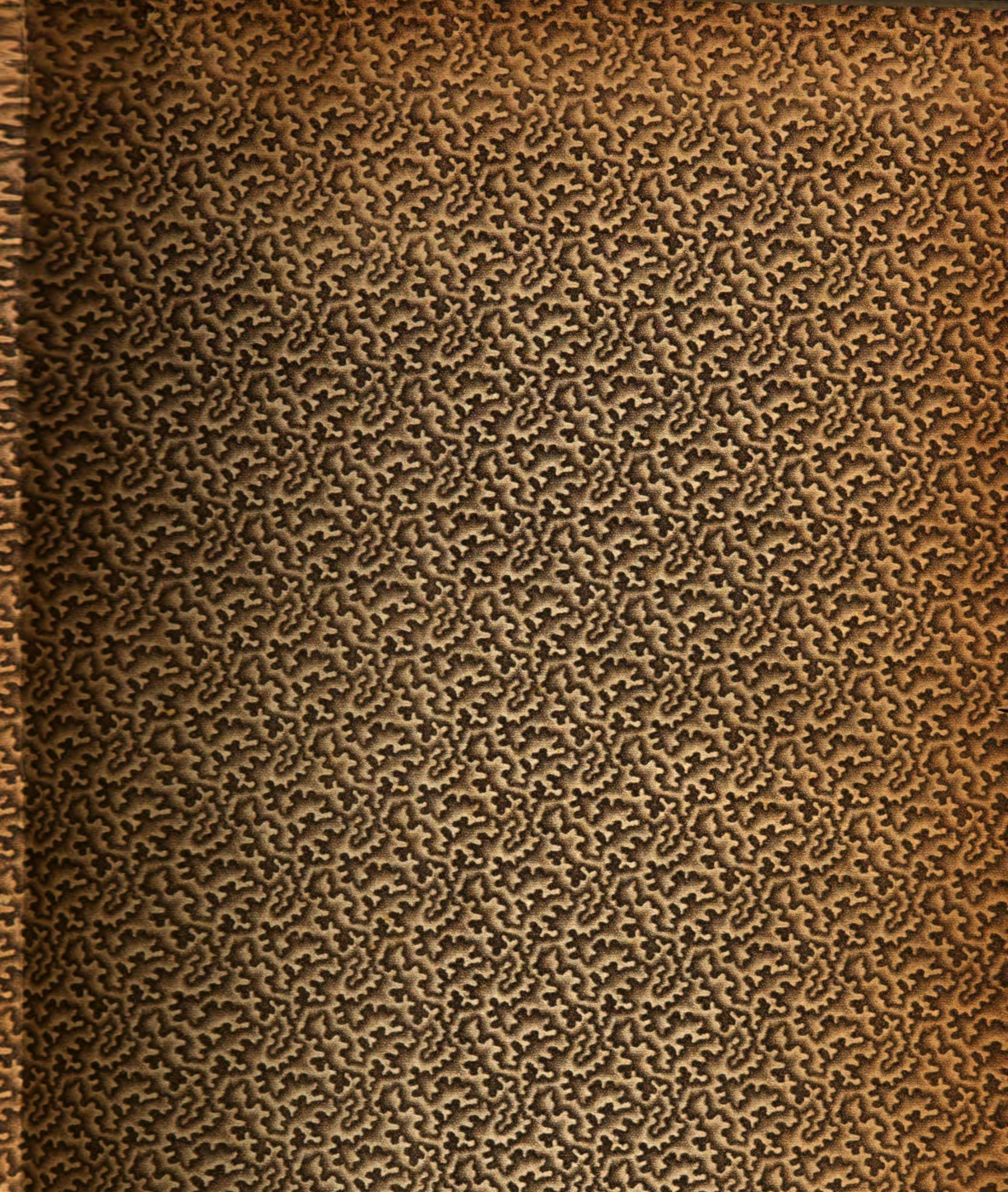







UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK GENT



Zeitschrift

für

Rechtsgeschichte.

Herausgegeben

von

D. Rudorff und D. Bruns in Berlin, D. Roth in München
und D. Böhlau in Rostock.

Siebenter Band.

Erstes Heft.

Weimar,
Hermann Böhlau.
1867.



Die Zeitschrift für Rechtsgeschichte

erscheint in einzelnen Heften, deren zwei oder drei einen Band von dreißig Bogen bilden. Von dem vorhandenen Material wird es zunächst abhängen, in welchem Zwischenraume die Hefte ausgegeben werden; wo möglich soll aber ein Band zugleich einen Jahrgang bilden. Einzelne Hefte werden nicht abgegeben. Der Preis eines Bandes von 30 Bogen beträgt drei Thaler.

Zusendungen für die Redaction werden franco an einen der Herren Redactoren erbeten. Namentlich wird Herr Professor Böhlau in Rostock Correspondenzen in Bezug auf die Zeitschrift vermitteln.

Das Honorar, Sechs Thaler für den Bogen, wird nach Beendigung jedes Bandes an die Herren Mitarbeiter ausgezahlt, doch wird etwaigem Wunsche sofortiger Zahlung des Honorars gern entsprochen werden.

Weimar im October 1867.

Hermann Böhlau's Verlagsbuchhandlung.

Zeitschrift

für

Rechtsgeschichte.

Herausgegeben

von

D. Rudorff und D. Bruns in Berlin, D. Roth in München,
und D. Böhlau in Rostock.

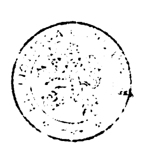
Siebenter Band.



Weimar

Hermann Böhlau

1868.



Weimar. — Hof-Buchdruckerei.

Inhalt des VII. Bandes.

Die Lex Maenia de dote vom Jahr der Stadt Rom 568.

Von

Herrn Regierungsrath und Professor Dr. Arndts in Wien.

In der Geschichte des römischen Rechts wurde es bisher als eine Lücke empfunden, daß sie uns über die Anfänge und Grundlagen des in der classischen Jurisprudenz so fein ausgebildeten Dotalrechts nur sehr ungenügende Auskunft gab und insbesondre bis zur Zeit des Augustus eine Einwirkung der Gesetzgebung auf dieses hochwichtige Rechtsverhältnis nicht erkennen ließ, obwohl doch seit dem sechsten Jahrhundert Ehescheidungen sehr häufig und die Ehen ohne Manus mehr und mehr in Uebung gekommen waren, beides aber ein Eingreifen der Gesetzgebung in die Ordnung des Güterrechts der Ehegatten fast unumgänglich, sollte man glauben, provocirt haben müßte. Bezüglich der Entstehung der rei uxoriae actio konnte man sich allenfalls dabei beruhigen, daß sie, wie andere bonae fidei actiones, ohne Gesetz durch die Praxis sich ausgebildet habe, und die Wirksamkeit der stipulationes de reddenda dote von Seiten des Bestellers der Dos, ausgenommen von Seiten der Frau selbst, welche in die Manus eintrat, konnte überall kein Bedenken erregen. Aber wir finden im Dotalrecht verschiedene feste Größe- und Zeitbestimmungen, und diese scheinen doch, da sie nicht dem ius honorarium angehören, eine Lex als Quelle vorauszusetzen. Zwar gibt uns das Pflichttheilsrecht auch ein Beispiel gewohnheitsrechtlicher Festsetzung solcher Art; aber dafür bot die Lex Falcidia einen naheliegenden Anhaltpunkt und konnte die Praxis des einen hohen Centumviralgerichtshofes in der Kaiserzeit bald entscheidend wirken; die feste Bestimmung des longum tempus aber, an der es Anfangs gefehlt haben mag, ist unzweifelhaft durch kaiserliche Constitutionen bewirkt worden. Jene Lücke in der Rechtsgeschichte nun ist er-

freulicher Weise neuestens ausgefüllt worden durch die Entdeckung einer Lex Maenia de dote vom Jahr der Stadt 568, demselben Jahr, in welchem ein berühmtes Senatusconsultum dem Unfug der Bacchanalien entgegentrat, — eine Entdeckung, sage ich, freilich nicht durch Auffindung eines Erzmonuments aus derselben Zeit, gleich jenem kostbaren antiquarischen Schatz des kaiserlichen Antiken-Kabinets in Wien, sondern nur durch die scharfsinnige Combination sehr zerstreuter Mittheilungen unsrer Quellenschriften, eine Entdeckung aber gleichwohl, aus tiefem Schacht durch juristische Kunst ausgegraben, deren Authenticität meines Erachtens nicht zu beanstanden ist. Sie ist bekannt gemacht durch eine Festschrift zu dem Doktorjubiläum eines um die Quellen der römischen Rechtsgeschichte hochverdienten Mannes, Gustav Friederich Hänel's, unter dem diesem Aufsatz vorgesetzten Titel verfaßt und herausgegeben von Moritz Voigt, Weimar 1866 (84 Seiten 4°.). Es geziemt sich wohl, daß die Zeitschrift für Rechtsgeschichte darüber genauen Bericht erstatte; dieser Aufgabe will ich in Folgendem zu entsprechen versuchen.

§. 1.

Die Wahrzeichen, welche den gelehrten Quellenforscher zu seiner Entdeckung geführt haben, sind folgende:

a) Unter den saturae menippeae des Terentius Varro befand sich eine mit dem Titel: Lex Maenia. Aus dieser sind uns neun Fragmente durch Nonius Marcellus überliefert [1]). Fünf derselben kommen hier in Betracht [2]). Diese deuten auf das Verhältnis eines Vaters zu seinem in der Gewalt befindlichen Sohne, der in der Ehe lebt, und auf ein Zerwürfnis zwischen beiden in Beziehung auf diese Ehe. Es ist also wahrscheinlich, daß die lex Maenia, von welcher das Gedicht den Namen hat, auf dieses Familienverhältnis sich bezog, und zwar muß sie nach Fragm. 1.

[1]) Vgl. M. Terenti Varronis saturarum menippearum reliquiae rec... Alexander Riese. Lipsiae 1865. S. 153 fg.

[2]) I. Contra lex Maenia est in pietate, ne filii patribus luci claro suggillent oculos. — II. Si qui patriam, maiorem parentem, extinguit, in eo est culpa; quod facit pro sua parte is, qui se eunuchat aut alioqui liberos (non) producit. — III. Nemo est tam neglegens, quin summa diligentia eligat asinum, qui suam saliat equilam. — IV. Ad biviram venio. Cum vellem ostendere quid vellem, Metamelos, Inconstantiae filius, me reprehendit. — IX. Neque in bona segete nullum est spicum nequam neque in mala non aliquod bonum.

dahin gezielt haben, Streitigkeiten zwischen Vater und Sohn abzuwehren. Da aber von einem legislativen Eingreifen in das Recht der väterlichen Gewalt oder in das Recht des Schwiegervaters bezüglich der Dos seiner in manu befindlichen Schwiegertochter sich keine Spur findet, so ist wahrscheinlich, daß jenes Gesetz eine Bestimmung enthalten habe, welche die Scheidung solcher Ehe betraf.

b) In Ulpian's Fragmenten (V. 8) wird eine lex Mensia erwähnt, welche den Grundsatz eingeführt habe, daß bei der Ehe zwischen Bürgern und Nichtbürgern, ohne Connubium, die Kinder stets der ärgeren Hand folgen. Der Name dieser Lex hat längst schon Anstoß erregt; die vorgeschlagenen Emendationen: lex Sentia, oder lex Aelia Sentia, sind unhaltbar. Desselben Gesetzes erwähnt nun auch Gaius (I. 78. 79); der Name nur ist bis auf den Anfangsbuchstaben unleserlich; die Lücke aber ergänzt sich zutreffend durch M(aenia). Wenn nun Mensia als aus Mennia verdorben, dieses aber = Menia = Maenia angenommen wird, so ergiebt sich als Quelle jenes Grundsatzes eine Lex desselben Namens, welcher in Varro's Satyra vorkommt, und diese ist mit Wahrscheinlichkeit für eine und dieselbe Lex anzunehmen, indem sich jener Grundsatz mit der Bestimmung über die retentio de dote propter liberos im Falle der Scheidung in Verbindung bringen läßt, als welche nur dann, wenn liberi patrem sequuntur, stattfinden sollte.

c) Dionysius von Halikarnassus (II. 25), von den Gesetzen des Romulus in Betreff der Ehe sprechend, führt Einiges an, was Romulus nicht festgesetzt habe. Daraus ist zu schließen, daß eben jenes dem Geschichtschreiber als zu seiner Zeit (a. u. 724—747) geltendes Recht vorschwebte. Das aber ist α) ein dem Manne zustehendes Recht der Beschwerde gegen die Frau wegen Ehebruchs und wegen leichtsinniger Scheidung, die in dem römischen iudicium de moribus geltend gemacht wurde, β) die der Frau zustehende Beschwerde gegen den Mann wegen übler Behandlung und wegen leichtsinniger Scheidung (*δίκη κακώσεως* und *δίκη ἀπολείψεως*), bei römischen nicht juristischen Schriftstellern bezeichnet als actio malae tractationis und actio iniusti repudii, welche beide in das iudicium rei uxoriae hineinfallen, wie aus Quinctil. I. O. VII. 4, 11 und Sulp. Victor c. 60 hervorgeht, in so fern nehmlich der Umstand, durch wessen Ver-

schulden die Scheidung herbeigeführt ist, auf die Restitution der Dos Einfluß hat; γ) Bestimmungen in Betreff der Herausgabe oder Wiedererlangung der Dos (*περὶ προικὸς ἀποδόσεως ἢ κομιδῆς*). Es muß also zu Dionysius' Zeit (vor der lex Julia et Pap. Popp.) ein Gesetz bestanden haben, das über die Restitution der Dos und verwandte Punkte Bestimmungen enthielt.

d) Unter den Reden des älteren Cato befand sich eine, die nach Gell. noct. att. X. 23 als oratio de dote bezeichnet war. Gellius theilt daraus zwei Bruchstücke mit, von denen das eine die Tödtung der in flagranti ertappten Ehebrecherin betrifft, das andre sich auf das iudicium domesticum des Mannes über die Frau, im Falle der Scheidung, bezieht. Einen kurzen Satz ferner theilt der Grammatiker Priscianus (XII. 17) mit, als enthalten in Cato's legis Maeviae (oder Meviae) suasione[3]). Er lautet: „Rex Seleucus arma nostratia fecit". Diesem Satze kann eine Beziehung zu einem Gesetze über die Dos gegeben werden, indem man ihn in folgenden Zusammenhang bringt: „Syrien hat uns jüngst seine Waffen überliefert, aber auch sein Sittenverderbnis; in Folge dessen erweist sich die Rogation über die Dos als nothwendig". So kann der Satz füglich in Cato's Rede de dote seinen Platz gehabt haben. Nun aber finden sich auch sonst Doppeltitel für eine und dieselbe Rede Cato's, und der Name M a e v i a e kann leicht verderbt sein statt M a e n i a e, wie man auch sonst schon wahrscheinlich gefunden hat. Dann ist die Oratio de dote und die suasio legis Maeniae eine und dieselbe Rede Cato's. Demnach ist es wahrscheinlich, daß Cato im Senat oder in der Volksversammlung eine Rede gehalten hat, zur Empfehlung eines Gesetzvorschlags, welcher die Dos betraf, einer lex Maenia de dote. Und zwar muß dies natürlich vor a. u. 605, d. i. dem Todesjahr des Cato, und nach a. u. 559, wo dessen Reden beginnen, geschehen sein, auch nach a. u. 567, weil in diesem Jahre erst der genannte König Seleucus Philopator zum Throne gelangte.

e) Polybius (XXXII. 13) erzählt zur Charakteristik des P. Cornelius Scipio Africanus Minor, wie großmüthig derselbe a. u. 592 eine den beiden Töchtern des Africanus Maior durch

---

[3]) Vgl. M. Catonis praeter librum de re rustica quae extant. Henricus Jordan recensuit et prolegomena scripsit. Lipsiae 1860. S. 68. 70.

Vermächtnis ausgesetzte Dos mit Außerachtlassung der ihm gesetzlich zustehenden Zahlungsfristen vor der Zeit vollständig an deren Gatten entrichtet habe. Aus dieser Erzählung geht hervor, daß nach damaligem Recht die Auszahlung einer vermachten und eben so gewiß überhaupt der constituirten Dos in drei Terminen von je einem zehnmonatlichen Jahre zu geschehen hatte. Dieser Vorschrift entspricht eine gleiche gesetzliche Fristbestimmung in Ansehung der Rückgabe der Dos nach Auflösung der Ehe, von welcher wir durch L. 17. D. de pact. dot. 23. 4. L. 24. §. 3. D. soluto matr. 24. 3. Ulpiani fragm. VI. 8 Kunde haben, und welche schon vor der lex Julia et Pap. Popp. bestanden haben muß, weil sie durch diese in gewissen Fällen beseitigt oder geändert worden ist (Ulp. VI. 12. 13. cf. L. 8. D. de captiv. 49. 15).

f) A. u. 568 war nach Liv. XXXIX. 2. 18. T. Maenius praetor urbanus. Dieser kann der rogator legis gewesen sein. In demselben Jahre wurde der Unfug der Bacchanalien entdeckt und energisch verfolgt, wobei nach Liv. l. c. auch eben der genannte Prätor thätig war. Es liegt nahe zu vermuthen, daß eben darin auch ein Anlaß geboten war, einen Gesetzantrag einzubringen, welcher sich mit der Regelung der Verhältnisse der Ehe befaßte.

§. 2.

Die in §. 1 hervorgehobenen Momente werden in der Festschrift von Voigt §. 2—6. S. 3—19 einzeln mit der dem Verfasser eigenen Genauigkeit erörtert, und sodann in §. 7. S. 19—21 das Gesammtresultat daraus gezogen, daß a. u. 568 eine lex Maenia de dote ergangen sei, welche das Recht der Dos für die nachfolgende Zeit in wichtigen Punkten bestimmt habe. Einzelnes für sich betrachtet möchte man allenfalls beanstanden. Wenn z. B. Voigt S. 14 fg. Gewicht darauf legt, daß Justinian in L. 11. §. 2. Cod. de repud. 5. 17. pluraliter von antiquis legibus spricht, in welchen das iudicium de moribus positum erat, und daraus folgert, daß derselbe noch andere Gesetze als die lex Julia et Pap. Popp. im Auge gehabt habe, so könnte man etwa entgegnen, daß in Justinian's Munde häufig der Ausdruck: „veteres oder antiquae leges“ gleichbedeutend ist mit: „das alte Recht“, ohne daß man dabei sofort an leges im engeren Sinn zu denken hätte. Und eben so könnte man bezüglich der

Stelle des Dionysius sagen, derselbe habe nicht gerade bestimmte Leges, sondern nur das seiner Zeit geltende Recht als Gegensatz des romulischen vor Augen gehabt; man könnte hier auch vermuthen, derselbe habe ganz neue Bestimmungen der Lex Julia de maritandis ordinibus im Sinne gehabt, die zwar zu der Zeit, als Dionysius in Rom an seinen römischen Alterthümern arbeitete, noch nicht lex perlata war, deren Entwurf aber gerade damals das allgemeine Interesse lebhaft in Anspruch nahm. Man könnte ferner die Emendationen von lex Mensia und Mevia gegen die handschriftliche Lesart als gewagt und unberechtigt ansehen, und die Erklärungen der vom König Seleucus redenden Stelle und zum Theil der Fragmente des Varro als geistreichen Einfall, nicht mehr, gelten lassen. Aber die Vereinigung aller jener Momente drängt mit fast zwingender Gewalt die Ueberzeugung von der Richtigkeit desjenigen, was der Verfasser daraus ableitet, auf, und ich glaube, daß man nicht Vieles in der römischen Staats- und Rechtsgeschichte; das nicht aus klarem Bericht der Quellen geschöpft, sondern durch combinirende Forschung gewonnen ist, mit größerer Zuversicht als wahr annehmen könnte.

Am meisten möchte vielleicht Jemand geneigt sein, gegen die Hereinziehung der bisher nach Ulpian so genannten lex Mensia in die fragliche lex Maenia de dote Einwendungen zu erheben, und diese scheint auch mir mindestens sehr problematisch. Den Zusammenhang entwickelt Voigt in §. 13 folgendermaßen: Die lex Maenia führte die retentiones de dote propter liberos ein. Diese waren aber nur gerechtfertigt, wenn die Kinder dem Vater folgten. Daher war die lex Maenia veranlaßt, eine Entscheidung darüber zu geben, ob die in den damals häufigen Ehen zwischen Bürgern und Peregrinen ohne Connubium, wozu damals noch die latini coloniarii in Italien gehörten, erzeugten Kinder dem Vater folgen. Sie gab diese Entscheidung dahin, daß jene Kinder (nothi) immer deterioris parentis conditionem sequuntur, also das von einem Peregrinen in der Ehe mit einer römischen Bürgerin erzeugte Kind eben so wohl wie das von einem römischen Bürger mit einer Peregrina erzeugte peregrinischen Standes sei. Nun könnte man einwenden: 1) es sei unglaublich, daß ein römischer Volksbeschluß über die Dos bei non iustis nuptiis Bestimmungen getroffen habe, da man gewöhnt ist, eine nach römischem Recht vollgültige Ehe (iustum matrimonium),

deren Kinder immer patris conditionem sequuntur, als Voraussetzung einer römischrechtlichen Dos anzusehen [4]); 2) nach jener Entscheidung hätte nun gerade dem fremden Ehemann der römischen Gattin das Recht der retentio propter liberos zukommen müssen, während es dem römischen Ehemann der fremden Gattin nicht zustand, und zwar hätte eine römische Lex jenes Recht dem peregrinischen Vater beigelegt, indem sie den Grundsatz des ius gentium, nach welchem die nothi immer der Mutter folgen, in der angegebenen Weise abänderte, und das sei vollends unglaublich. Allein

1) die Ansicht Hasse's, daß die Dos rücksichtlich ihrer eigenthümlichen Wirkung, der actio de dote oder rei uxoriae, wesentlich eine civile Ehe voraussetze, ist ungegründet. Hasse stützt sie auf zwei Stellen, L. 5. §. 1. D. de bon. damnat. 48. 20 und L. 1. Cod. de repud. 5. 17, von denen die eine den Fall betrifft, wenn die Frau, die andre den, wenn der Mann die Strafe der Deportation erlitten hat. Durch diese wurde die Ehe nicht aufgelöst, wenn die affectio maritalis der Ehegatten fortbestand, aber die Ehe hörte auf iustum matrimonium zu sein, weil der eine der Ehegatten das Bürgerrecht verloren. Hasse glaubt nun in der Art, wie hier das Dotalverhältnis behandelt wird, den Beweis zu finden, daß man bei dem matrimonium iuris gentium, worin jene Ehe übergegangen war, die actio de dote eigentlich nicht zulässig fand und nur humanitatis intuitu in jenem Falle von der Strenge des Civilrechts etwas nachließ. Meines Erachtens aber hat er beide Stellen misdeutet. Die erste Stelle unterscheidet, ob die deportirte Frau noch Filiafamilias sei oder nicht. Im ersten Falle gibt sie, sobald die Frau eo animo fuerit, ut a viro discedere velit, ohne alles Bedenken dem Vater derselben die actio de dote, im anderen Fall aber, sagt sie, könne postea dissoluto matrimonio die Frau selbst klagen, quasi humanitatis intuitu hodie nata actione. Dies hat aber nicht den Sinn, als ob nun, ungeachtet die Ehe kein iustum matrimonium mehr war, doch humanitatis intuitu die Klage gegeben werde, sondern vielmehr den, daß humanitatis intuitu die Klage erst als jetzt, zur Zeit der Auflösung der Ehe, entstanden anzusehen sei, nicht als begründet schon zur Zeit der Deportation,

---

[4]) Vgl. Hasse, Güterrecht der Ehegatten §. 71.

und daher nicht der Confiscation des Vermögens der Deportirten unterliege. Die andere Stelle aber sagt, durch die Deportation des Mannes werde die Ehe nicht aufgelöst, si casus, in quem maritus incidit, non mutet uxoris adfectionem, und deswegen finde die Rückforderung der Dos von Rechtswegen nicht statt (Ideoque dotis exactio ipso iure non competit). Da das Rescript an eine Frau, vermuthlich eben die Gattin des Deportirten, die dessen Schicksal theilen wollte, gerichtet ist, so ist der Rechtsfall, der es hervorrief, ohne Zweifel so zu denken, daß der Besteller kraft seines Rechtes, etwa der Vater der Frau als Besteller der dos profectitia, oder auch der letzte kraft der väterlichen Gewalt, in Folge der Deportation des Mannes die Dos sofort zurückfordern wollte, weil die Ehe nicht mehr iustum matrimonium sein könne, und dies wird nicht etwa humanitatis intuitu, sondern als nach strengem Recht (ipso iure) ungegründet zurückgewiesen. Das Rescript setzt noch hinzu: sed indotatam eam esse, cuius laudandum propositum est[5]), nec ratio aequitatis nec exempla permittunt. Da unmittelbar vorher die Fortdauer der Ehe als Grund angeführt ist, warum exactio dotis ipso iure non competit, so kann dies nicht mit Hasse erklärt werden: das Dotalrecht sei zwar nach strengem Recht aufgehoben, weil die Ehe nicht mehr civile Ehe sei, aber der Billigkeit wegen, könne man doch die Frau nicht ihrer Dos berauben. Der Kaiser will vielmehr sagen: Die Dos könne jetzt nicht zurückgefordert werden, weil die Ehe nicht aufgelöst sei; das Dotalrecht der Frau und somit die künftige Rückforderung der Dos werde aber durch die Verurtheilung des Mannes und die Confiscation seines Vermögens nicht alterirt. Beide Stellen beweisen also die Fortdauer der Dos, nachdem die Ehe ein matrimonium iuris gentium geworden. Daß aber auch bei solcher Ehe von Anfang an eine Dos vor-

---

[5]) Dieser Satz erinnert an die gefühlvolle Lebhaftigkeit, mit welcher Napoleon I. als erster Consul bei der Berathung über das Gesetzbuch, das nachher seinen Namen erhalten hat, die Bestimmung bekämpfte, daß durch die Deportation des Mannes dessen Ehe aufgelöst werde. „Faut-il étendre la peine jusqu'à la femme et l'arracher avec violence à une union, qui identifie son existence avec celle de son mari? . . . . Si une femme satisfait ce devoir, vous éstimerez sa vertu, et cependant vous ne mettez aucune difference entre elle et l'être infame, qui se prostitue". Conference du Code civil ad art. 25.

kommen und bezüglich derselben rei uxoriae actio stattfinden konnte, beweist Cic. top. cap. 4. §. 20 (vgl. Boeth. ad h. l.), wonach dem mit einer Peregrina verehelichten Römer die retentio propter liberos versagt wird, weil die Kinder nicht dem Vater folgen [6]). Im sechsten Jahrh. d. St., wo die italischen Bundesgenossen zwar noch nicht römische Bürger waren, aber doch den römischen Bürgern sehr nahe und mit diesen in intimem Verkehr standen, waren solche Ehen ohne Zweifel sehr häufig. Auch war dem latinischen Rechte ein dem römischen verwandtes Dotalrecht gewiß nicht fremd. Es konnte sich also die römische Gesetzgebung sehr wohl veranlaßt finden, auch in Betreff der Dos bei solchen Ehen Bestimmungen aufzustellen. Sie konnte freilich nicht den freien Bundesgenossen Gesetz geben, wohl aber dem römischen Prätor Peregrinus eine Regel vorschreiben, woran er sich zu halten habe, wenn die geschiedene Peregrina den gewesenen römischen Ehemann vor seinem Richterstuhl auf Herausgabe der Dos belangte. Wenn insbesondre ein Gesetz bestimmte, daß der Kinder wegen der Mann einen Theil der Dos zurückbehalten könne, so lag es sehr nahe, dies an die Bedingung zu knüpfen, si liberi patrem sequantur, und eine gesetzliche Bestimmung dieser Art scheint Cicero a. a. O. vor Augen gehabt zu haben. Wenn nun eine Lex in dieser Weise überhaupt einmal auf Ehen zwischen Bürgern und Nichtbürgern Rücksicht nahm, so konnte sich

2) damit auch leicht eine von der Regel des ius gentium abweichende Norm über die Kinderfolge verbinden, welche verhinderte, daß die von einem Fremden in der Ehe mit einer römischen Bürgerin erzeugten Kinder, dem Stande der Mutter folgend, römische Bürger würden. An der Consequenz aber, daß nun dem peregrinischen Vater gegen die römische Bürgerin die Retention zugestanden werden mußte, die dem römischen Bürger

[6]) Si mulier, quum fuisset nupta cum eo, quicum connubium non esset, nuntium remisit, quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur, pro liberis manere nihil oportet. Eine wirkliche Ehe wird hier vorausgesetzt, die durch Repudium aufgelöst wird, aber eine Ehe bei mangelndem Connubium, also eine nicht römische Ehe, und doch wird eine Dos anerkannt, die der Mann zurückzugeben habe, und eine Klage darauf vorausgesetzt, die keine andre als die actio rei uxoriae sein konnte, nicht eine actio ex stipulatu, weil nur bei jener in solcher Weise eine retentio propter liberos in Frage kommen konnte.

gegen die Peregrina versagt war, braucht man in der That keinen Anstoß zu nehmen, eben weil sie nur Consequenz der gesetzlichen Voraussetzung jener Retentio, si liberi patrem sequuntur, und zugleich sachgemäß war, wenn nun die Kinder auch ihre Alimentation von dem peregrinischen Vater, dessen Heimathrecht sie folgten, zu erwarten hatten. Zudem stellte sich hier die Sache so, daß die römische Frau gegen den Peregrinus vor dessen ordentlichem Gericht die Dos zurückzufordern hatte, dieses aber die Verurtheilung des Mannes zur Restitution der ganzen Dos eben in Rücksicht darauf, daß doch die Kinder nicht römische Bürger wurden, mit Recht unbillig finden mußte.

Gleichwohl muß ich gestehen, daß mir dieser Punkt in der Combination von Voigt als der schwächste und die Identificirung der sogenannten lex Mensia mit einer lex Maenia de dote immerhin noch sehr problematisch erscheint. Denn einmal hat der Satz, daß die Kinder aus einer Ehe ohne Connubium immer der ärgeren Hand folgen, an sich eigentlich keine Beziehung zu dem Dotalrecht; er ist, unabhängig von diesem, offenbar nur durch die Absicht motivirt, daß die römische Bürgerschaft nicht durch die Kinder aus solchen unvollkommenen gemischten Ehen vermehrt werden sollte, und stimmt daher in seiner Intention mit bekannten Gesetzen späterer Zeit (der lex Aelia Sentia und lex Junia) überein. Sodann aber scheint mir aus der oben besprochenen Stelle des Cicero hervorzugehen, daß dieser die Bestimmung der angeblichen lex Mensia noch nicht gekannt habe. Die mulier nupta cum eo, quicum connubium non erat, konnte nehmlich eben so wohl eine Römerin sein, die mit einem Peregrinus, als eine Peregrina, die mit einem Römer verheirathet war. Die Beschränkung auf den letzten Fall, wie sie Voigt S. 55 durch die Parenthesen „mulier (i. e. peregrina)", und „(cum civi romano)" andeutet, ist den Worten nach unberechtigt. Auf beide Fälle ist also auch der Satz zu beziehen: „qui nati sunt, patrem non sequuntur". Hätte Cicero schon ein Gesetz gekannt, welches bestimmte, daß im ersten Fall die Kinder dem peregrinischen Vater folgen, so, scheint es, hätte er auch seinen Ausdruck so wählen müssen, daß er nur auf den zweiten Fall gedeutet werden konnte. Wir erkennen also in Cicero's Ausspruch nur die Kunde von einem Rechtssatz, welcher dem Manne eine retentio pro liberis gewährte, wenn qui nati sunt patrem sequuntur, folgeweise ver-

sagte, wenn jene patrem non sequuntur, zugleich mit Anerkennung der Regel, daß connubio non interveniente die Kinder patrem non sequuntur. Hiernach können wir es nicht als wahrscheinlich gelten lassen, daß schon eine lex Maenia vom J. d. St. 568 jenes ganz neue Princip aufgestellt habe, „welches dem nothus die römische Civität versagte, vielmehr denselben dem peregrinen Theile zur Folge und somit nach geschiedener Ehe auch zur Alimentation überwies", wie Voigt S. 55 ausspricht. Wenn aber derselbe weiter sagt: „Und diesem Princip entsprechend versagt sodann fernerweit die lex Maenia die retentio propter liberos dem Manne dann, wenn auf Grund solchen Princips die Mutterfolge der Kinder Platz greift", so ist dagegen zu bemerken: „Auf Grund solchen Princips" konnte überall nicht Mutterfolge eintreten; daß die Kinder des römischen Vaters der peregrinischen Mutter folgten, war dem alten Princip gemäß [7]); auf Grund des neuen Princips aber folgten die Kinder dem Vater in einem Falle, in welchem sie nach dem alten der Mutter gefolgt wären, in dem Falle nehmlich, wenn sie in der Ehe des römischen Bürgers mit einer Fremden erzeugt waren.

Wenn wir nun aber auch diesen Punkt, die Kinderfolge betreffend, fallen lassen und darauf verzichten müssen, die angezweifelte lex Mensia durch eine alte lex Maenia verdrängt zu sehen, so wird dadurch die Wahrscheinlichkeit der Combination, betreffend die lex Maenia de dote, im Uebrigen nicht alterirt. Um deren Bedeutung für die Entwickelung des Dotalrechts vollständiger zu erkennen, ist nothwendig, 1) das Dotalrecht vor der lex Maenia sich klar zu machen, sodann 2) darzulegen, wie dasselbe nach diesem Gesetze sich gestaltet habe. Der Lösung der ersten Aufgabe unterzieht sich Voigt im zweiten Abschnitt seiner Abhandlung, §. 8—10. S. 21—40; der anderen ist der dritte Abschnitt gewidmet, §. 11—18. S. 41—84. Wir wollen nun diese Ausführungen etwas näher betrachten, wobei ich nur den „die Kinderfolge nach der lex Maenia" betreffenden §. 13 übergehe.

---

[7]) Gai. I. 78 nach Huschke's Ergänzung: et in priore quidem specie non necessaria lex Mensia fuit; nam alioquin connubio inter patrem et matrem non interveniente is qui natus est secundum iuris gentium regulam matris, non patris condicioni accedit.

§. 3.

Die Frage, welches Recht in Ansehung der Dos in der ersten Hälfte des sechsten Jahrhunderts der Stadt bestanden habe, ist identisch mit der Frage: gab es damals schon eine Klage, die rei uxoriae actio, mit welcher die Rückgabe der Dos nach Auflösung der Ehe, wenn auch nicht durch rechtsgültigen Vertrag eine Verpflichtung dazu begründet war, erwirkt werden konnte? und in welchem Maaße konnte dieses geschehen? Denn daß durch besondern Vertrag, durch Stipulationen oder cautiones rei uxoriae, eine solche Verpflichtung begründet werden konnte, das kann nicht bezweifelt werden; darin lag überall kein besonderes eigenthümliches Rechtsverhältnis; es unterlag dies ganz den allgemeinen Grundsätzen über obligatorische Verträge. Nur das mag besonders hervorgehoben werden, daß die Stipulation der Frau selbst, welche sui iuris war, in Betreff künftiger Rückgabe ihres eingebrachten Gutes, keine Wirksamkeit behalten konnte, wenn dieselbe nachher in die Manus des Ehemannes eintrat, was damals wohl noch der regelmäßige Fall war. Bei der Beantwortung jener Frage aber ist zu unterscheiden

1) der Fall der Auflösung der Ehe durch Scheidung,

2) der Fall der Endigung der Ehe durch den Tod des Mannes oder der Frau.

1) Die Ehescheidung oder die Verstoßung der Frau soll bekanntlich nach Romulischem Gesetz nur aus wenigen Gründen erlaubt gewesen sein, welche ein Verbrechen oder eine grobe Sittenwidrigkeit der Frau voraussetzten[8]). Das war in jener Zeit entschieden anders geworden. Die berüchtigte Ehescheidung des Spurius Carvilius Ruga a. u. 523[9]), die man mit Unrecht später wohl für die erste Ehescheidung in Rom gehalten hat[10]), gab ein Beispiel der Scheidung aus leichterem Grunde, obwohl sie jener scheinheilig zu beschönigen suchte, und bald waren selbst leichtfertige Scheidungen keine Seltenheit mehr. Die Befugnis, die Ehescheidung zu vollziehen, stand anerkannter Maßen, sowohl bei der Ehe mit Manus als bei der ohne Manus, dem Ehemanne zu, der sui iuris war, oder demjenigen, in dessen väterlicher Gewalt

---

[8]) Plutarchi Romulus cap. 22. Dionys. II. 25.

[9]) Voigt a. a. O. S. 36. Anm. 64.

[10]) Vgl. Rein, das Privatrecht und der Civilproceß der Römer S. 450 fg.

derselbe stand, ferner der Ehefrau, die entweder sui iuris oder in manu mariti war, oder demjenigen, in dessen väterlicher Gewalt die Frau geblieben war [11]). Scheidung ohne rechtfertigenden Grund war freilich misbilligt. Sie konnte censorische Rüge und Strafe nach sich ziehen und hatte Einfluß auf die Restitution des Heirathsgutes. Daß im Falle der Scheidung damals schon, in Ermangelung von cautiones rei uxoriae, ein arbitrium rei uxoriae stattfand, ist nicht zu bezweifeln, und zwar fand dieses auch bei der Ehe mit Manus Anwendung, um die Herausgabe sowohl des von der Frau selbst, die sui iuris war, eingebrachten Vermögens als der für dieselbe von einem Dritten, namentlich vom Vater, dem Manne gewährten Ausstattung zu erwirken; ja es ist wahrscheinlich, daß dieses Arbitrium ursprünglich gerade in Beziehung auf die Ehe mit Manus, die ja die gewöhnliche Ehe war, ausgebildet worden ist, worauf schon die Benennung „rei uxoriae" deutet. Dies konnte ohne eine Lex geschehen, durch die Interpretatio oder die Praxis, indem die Natur des Verhältnisses unabweislich verlangte, daß das von Seiten der Frau eingebrachte Gut zurückgegeben werde, wenn diese ohne Verschulden von ihrer Seite geschieden war. Ob dies der Fall sei, darüber entschied ein Familiengericht, iudicium domesticum. War die Frau in manu, so war der Mann selbst Richter, oder derjenige, in dessen Gewalt dieser stand [12]); war die Frau in der Gewalt

[11]) Die Belegstellen dafür s. bei Voigt S. 21 fg., in Betreff des Rechtes des Paterfamilias, die Ehe des Sohnes oder der Tochter auch ohne deren Willen zu trennen, s. insbesondre S. 22. Anm. 34. Dies Recht wurde erst durch Divus Pius oder Marcus beschränkt. Pauli sentt. V. 6. §. 15. L. 5. Cod. de repud. 5, 17. Was der Vf. bei dieser Gelegenheit zur Erklärung von Pauli sentt. II. 19. §. 2 bemerkt, hat meinen Beifall nicht; mir scheint, daß sich diese Stelle genügend erklärt durch die Bezugnahme auf V. 6. §. 15. L. 5. Cod. cit. Vat. fragm. §. 116, wornach der Vater das bene concordans matrimonium des Kindes nicht willkürlich trennen konnte.

[12]) Auf diesen Fall bezieht Voigt S. 24. Anm. 31 die bekannte Aeußerung in Cato's Or. de dote bei Gell. X. 23. Vir, cum divortium fecit, mulieri iudex pro censore est; imperium quod videtur habet; si quid perverse taetreque factum est a muliere, multatur; si vinum bibit, si cum alieno viro probri quid fecit, condemnatur. Mit Recht bekämpft er die Erklärung, welche den iudex nicht für identisch mit dem Manne hält („vir cum divortium fecit, mulieri iudex, sc. is qui iudex est, pro censore est") und daher die Stelle nicht auf das iudicium domesticum, son-

ihres Vaters geblieben, so stand diesem die hausrichterliche Gewalt zu; war die Frau aber sui iuris, so vertrat die Stelle des Paterfamilias vermuthlich der Tutor; in jedem Falle waren Verwandte und Freunde des Hauses als Beisitzer des Gerichtes zuzuziehen. Erkannte nun dieses Familiengericht die Frau als schuldig, durch ihr Betragen gerechten Anlaß zur Scheidung gegeben zu haben, so konnte es zugleich als Strafe für dieselbe den gänzlichen oder theilweisen Verlust der Dos aussprechen, und wenn andrerseits die Scheidung von der Frau oder deren Vater ausgegangen war, ohne daß der Mann durch sein Benehmen eine gegründete Ursache dazu gegeben hatte, so konnte Rückgabe der Dos nicht gefordert werden. Wenn dagegen der Mann ohne einen vom Familiengericht als genügend erkannten Grund sich geschieden hatte, oder wenn die Scheidung zwar von der Frau oder deren Vater ausgegangen war, der Mann aber nach Erkenntnis des Familiengerichts seinerseits dazu gegründete Ursache gegeben hatte, dann konnte die ganze Dos jedenfalls zurückgefordert werden. Dieser Rückforderung diente das arbitrium rei uxoriae; aber darin mußte der Ausspruch des iudicium domesticum berücksichtigt werden. War dieser vor Anstellung der Klage schon erfolgt, so konnte der Beklagte unter Berufung darauf nach Beschaffenheit des Falles die Abweisung oder Beschränkung der Klage verlangen; wenn dagegen die Klage erhoben wurde, bevor das Familiengericht über die Gründe der Scheidung geurtheilt hatte, so mußte dem Beklagten die Möglichkeit gegeben sein, durch eine praescriptio die Klage zurückzuweisen, bis ein Ausspruch des Familiengerichts erwirkt sei[13]. Uebrigens stand die Klage der Frau selbst zu, wenn sie in manu gewesen war, nachdem vorgängig durch diffarreatio oder remancipatio dieses Verhältnis gelöst worden, im andern Fall der Frau oder deren Vater, je nachdem sie sui iuris oder noch in patria potestate war, und zwar gegen den geschiedenen Ehemann selbst oder dessen Vater, je nachdem jener sui iuris oder noch in patria potestate war.

---

dern auf das (spätere) iudicium de moribus bezieht. Zur Zeit, als Cato jene Rede hielt, bestand aber das letzte noch nicht; das Hausgericht war es, das die Multa aussprach, und diese konnte namentlich darin bestehen, daß der Frau die Dos ganz oder zum Theil abgesprochen wurde.

[13]) Alles dieses wird sehr gut und überzeugend von Voigt S. 24—31 entwickelt.

2) War die Ehe durch den Tod eines der beiden Ehegatten geendigt, so fand nach alter Rechtsordnung eine Rückforderung der Dos, wo sie nicht durch Stipulation vorbehalten worden, überall nicht statt. Hier machte sich die Rechtsparömie geltend, die noch im Justinianischen Recht an der Spitze des Titels de iure dotium steht: Dotis causa perpetua est [14]). Man braucht nicht mit Voigt S. 33 zu sagen, daß diese Parömie lediglich auf das im Todesfalle Platz greifende Dotalrecht Bezug hatte. Die Scheidung war eine Art der Auflösung der Ehe, die nach alter strenger Sitte bei Eingehung der Ehe eigentlich gar nicht in Aussicht genommen werden sollte; sie konnte nicht in voto sein; es war nur, als Scheidungen häufiger wurden, eine leidige Nothwendigkeit, eine Abweichung von diesem Grundsatze zuzulassen, um nicht empörender Ungerechtigkeit Raum zu geben. Wenn aber die Ehe naturgemäß durch den Tod getrennt wurde, dann war keine Veranlassung geboten, davon abzugehen. Vor allem dann nicht, wenn die Ehe durch den Tod der Frau getrennt war, in welchem Falle auch bekanntlich bis zu Justinian's Zeit jene Regel bezüglich der dos adventicia ungestört in Geltung blieb. Aber auch dann nicht, wenn der Tod des Mannes die Ehe gelöst hatte, wofern die Frau in manu mariti gestanden war. Denn alsdann gehörte sie ganz der Familia des Mannes an, beerbte diesen, wenn er als Paterfamilias gestorben war, als filiafamilias mit den Kindern und vor allen anderen Verwandten desselben, oder den Schwiegervater als neptisfamilias, wenn dieser den verheiratheten Filiusfamilias überlebt hatte; und in dieser Theilnahme an dem Familien-Erbvermögen fand sie den Ersatz dafür, daß die Dos, welche für sie dem Manne zugebracht, so wie alles andere durch sie dem Manne erworbene Vermögen in jenes Familienvermögen übergegangen war. Nur wenn die Frau nicht in die Familia des Mannes eingetreten, dann aber durch den Tod des letzten die Ehe aufgelöst war, lag es nahe, zumal wenn die Ehe kinderlos geblieben, an die Erben des Mannes die Anforderung zu stellen, daß sie der Wittwe ihr Heirathsgut herausgeben. Insbesondere wenn etwa schon im ersten Jahre der ohne Confarreatio oder Coemptio eingegangenen Ehe, noch ehe durch

---

[14]) Paulus in L. 1. D. l. c. setzt hinzu: et cum voto eius, qui dat, ita contrahitur, ut semper apud maritum sit.

Usus die Frau in die Manus gekommen sein konnte, der Mann gestorben war, mochte sich diese Anforderung als durch Billigkeit dringend geboten geltend machen, und so möchte man es immerhin nicht unwahrscheinlich finden, was Scheurl vermuthet, Voigt aber S. 32. Anm. 55 bestreitet, daß wenigstens für gewisse Fälle durch die Sitte die Rückgabe der Dos an die Wittwe geboten war.

Allein die Unsicherheit in diesen Verhältnissen zu einer Zeit, in der zuerst wahrscheinlich Ehen ohne Manus häufiger vorkamen, mußte fast mit Gewalt ein Eingreifen der Gesetzgebung hervorrufen. Sodann finden wir in dem späteren Dotalrecht eine ziffermäßige Bestimmung in Betreff der Restitution der Dos auch im Fall des Todes der Frau, die ohne ein positives Gesetz kaum entstanden sein kann. Und endlich lagen bei den veränderten Sitten und Culturverhältnissen jener Zeit, wie Voigt S. 75 fg. gut entwickelt, sowohl für den Fall der Scheidung als für den der Endigung der Ehe durch Todesfall so dringende Beweggründe zu gesetzlicher Reform des Dotalrechts vor, daß wir um eben diese Zeit eine eingreifende Lex de dote fast als unabweisliches Postulat der Rechtsgeschichte voraussetzen müßten, wenn uns auch gar keine Andeutung darüber zugekommen wäre, und diese Lex nun war, so dürfen wir annehmen, die Lex Maenia vom J. d. St. 568. Ihr dürfen wir alle erheblichen Bestimmungen des späteren Dotalrechts zuschreiben, so fern nicht Einzelnes erweislich späteren Ursprungs ist.

§. 4.

Betrachten wir nun die Gestaltung des Dotalrechts nach diesem Gesetze, so ist vor allem wieder die Restitution der Dos im Falle der Scheidung und die im Falle der Endigung der Ehe durch Todesfall zu unterscheiden. In der ersten Beziehung war es vorerst eine wichtige Neuerung, daß in Ansehung des Erkenntnisses über die Gründe der Scheidung nunmehr ein iudicium de moribus an die Stelle des Familiengerichtes trat. Beweis dessen zwei Fälle aus dem 7. Jahrh. d. St., in deren einem C. Marius, im andern Cn. Domitius Ahenobarbus als Judex fungirte[15]). Die Klage erhebt der Mann, beziehungsweise dessen Vater, als Eigenthümer der Dos gegen die geschiedene Ehefrau.

---

[15]) Val. Max. VIII. 2. §. 3. Plutarch. Marius cap. 38. Plin. hist. nat. XIV. 13. §. 90.

Sie hat den Charakter einer Poenalklage, die nicht auf die Erben übergeht oder gegen diese noch stattfindet[16]). Ihr Zweck ist, ein richterliches Erkenntnis darüber zu erzielen: num culpa mulieris divortium factum sit, und folgeweise die Verurtheilung der Frau zu gänzlichem oder theilweisem Verlust ihrer Dos[17]). Doch kann das Recht die Dos ganz oder zum Theil propter mores mulieris zurückzubehalten auch blos durch Einrede gegenüber der actio rei uxoriae auf Restitution der Dos geltend gemacht werden[18]). Ob die ganze Dos oder nur ein Theil der schuldigen Ehefrau abzusprechen sei, das war, wie früher bei dem iudicium domesticum, dem Ermessen des Judex mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des Falles überlassen[19]). Waren aber Kinder aus der Ehe vorhanden, welche dem Vater folgten, so war propter liberos mindestens ein bestimmter Theil der Dos der schuldigen Ehefrau oder deren Vater ab- und dem Manne zuzusprechen[20]), und zwar war dieser Theil gesetzlich auf ein Sechstheil für jedes Kind, für drei oder mehrere zusammen auf die Hälfte festgesetzt[21]), was aber nicht hinderte, daß wegen schwerer Verschuldung die Frau noch um mehr und selbst um die ganze Dos gebüßt wurde. Wenn aber die Scheidung nicht durch Verschulden der Ehefrau oder ihres Paterfamilias herbeigeführt worden, dann mußte stets die ganze Dos, bei der Ehe mit Manus wohl das ganze von der Frau herrührende Vermögen restituirt werden. So stellt Voigt in §. 11. 12. S. 41—52 das Dotalrecht im Scheidungsfalle nach der Lex Maenia dar. Abgeändert aber wurde dieses durch die lex Julia et Pap. Popp. dahin, daß a) die Buße für die Frau auf den Verlust von 1/6 propter mores graviores, von 1/8 propter mores leviores fixirt wurde, b) diese Einbuße nur mehr in subsidium eintrat, wo eine retentio propter liberos nicht stattfand, und c) auch das Verschulden des Mannes

---

16) L. 15. §. 1. D. soluto matr. 24. 3. L. 1. Theod. Cod. de dote 3. 13.

17) L. 11. §. 3. D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5. Vat. fragm. §. 121. (Anm. 15.)

18) Voigt nimmt dasselbe auch gegenüber der actio ex stipulatu an. Aber die Strafbestimmung bei Ulp. l. c. paßt nur auf die actio rei uxoriae.

19) Plin. l. c. Varro bei Non. Marc. 280. 17.

20) Cic. top. cap. 4. §. 19.

21) Boeth. in Cic. top. l. c. Ulp. fragm. VI. 10

oder seines Paterfamilias in entsprechender Weise wie das der Frau gebüßt wurde, durch Erschwerung seiner Restitutionspflicht [22]).

§. 5.

Was den Fall der Endigung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten betrifft, so ist zunächst in dem Falle, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes getrennt wird, zu unterscheiden, ob der Mann sui iuris und ihm selbst die Dos bestellt war, oder ob derselbe sich noch in patria potestate befand und daher dem Vater desselben (oder auch noch dem Großvater) die Dos bestellt war.

1) In dem ersten dieser beiden Fälle war es bekanntlich bis zu Justinian entschieden Rechtens, daß die Wittwe, beziehungsweise deren Vater, die ganze Dos von den Erben des Mannes zurückzufordern berechtigt seien. Daß nun dieser Rechtssatz schon zur Zeit des Augustus galt, das macht die Stelle des Dionysius (II. 25) wahrscheinlich; daß er schon im 6. und 7. Jahrh. d. St. anerkannt war, dafür werden zwei Fälle aus dieser Zeit zum Beweise angeführt. Im Jahre 594 d. St. hatten die Söhne und Erben des L. Aemilius Paulus Macedonicus an die zweite Frau ihres Vaters eine Dos von 25 Talenten zurückzuzahlen, deren Betrag kaum aus dem beweglichen Vermögen des Erblassers aufgebracht werden konnte [23]), und nach dem gewaltthätigen Ende des jüngeren Gracchus (a. u. 633) erhob Licinia, dessen Wittwe, den Anspruch auf Rückgabe ihrer Dos, den Publius Mucius als gegründet anerkannte, obgleich die Dotalsachen in dem Aufstande, der ihres Mannes Tod mit sich brachte, zu Grund gerichtet waren [24]). In beiden Fällen könnte man nun zwar supponiren,

[22]) Ulp. l. c. §. 11—13.

[23]) Polyb. XVIII. 18. XXXII. 8. Liv. epit. XLVI.

[24]) L. 66. pr. D. soluto matr. 24. 3. cf. Plut. Caius Gracchus cap. 17. Die Art, wie Voigt S. 60. Anm. 97 sich diesen Rechtsstreit construirt, will mir nicht einleuchten. Er nimmt nach Plut. l. c. an, das Vermögen des C. Gracchus mitsammt der Dos seiner Frau sei confiscirt worden. Nun habe die Frau nicht etwa nach dem Grundsatz in L. 31. pr. D. soluto matr. 24. 3 das Aerarium wegen Herausgabe der Dos in Anspruch genommen, indem das Aerar nur als Successor, nicht ex culpa mariti gehaftet hätte, sondern vielmehr die Erben des C. Gracchus, die in diesem Falle nur sui et necessarii heredes sein konnten, da Agnati ohne Zweifel die Erbschaft, die in Folge der Confiscation nichts mehr enthielt, abgelehnt hätten. Ich sehe nun nicht ein, warum nicht auch das Aerarium ex culpa

daß die Rückgabe der Dos stipulirt worden sei, und dann würden sie nicht beweisend sein; aber dieses vorauszusetzen, haben wir keinen Grund. Unzulässig wäre es, wenn mit Voigt angenommen wird, in beiden Fällen sei die Frau in manu mariti gewesen; denn alsdann konnte derselben selbst aus der wirklich vorgenommenen Stipulation in Folge ihrer in manum conventio unmöglich noch eine Klage zustehen; es hätte dann immer nur die actio rei uxoriae sein können, mit der sie ihr eingebrachtes Gut kraft des Gesetzes zurückforderte. Und dies wird denn auch von Voigt S. 61 behauptet, mit dem Zusatze jedoch, daß die Wittwe, wenn sie Miterbin des Mannes war [25]), nicht zugleich ihre Dos und ihren Erbtheil, sondern nach ihrer Wahl nur das eine oder das andre fordern konnte, nach demselben Gesichtspunkte, welchen das edictum de alterutro [26]) für den Fall aufstellte, wenn die Wittwe, welcher die Dotalforderung zustand, im Testamente des Mannes bedacht war. Ich muß aber gestehen, daß ich dieses, zumal da die Wittwe als sua heres ipso iure Erbin war und Voigt selbst in dem Falle des Gracchus ein beneficium abstinendi des suus heres noch nicht anerkennt, nicht wahrscheinlich finden kann [27]).

mariti zum Ersatz verpflichtet gewesen wäre, wenn es nach L. 31. pr. cit. überhaupt creditoribus satisfacere necesse habet, inter quos uxor quoque est. Sodann ist L. 66. pr. cit., wie mir scheint, nicht darauf zu beziehen, daß auch die Dos confiscirt worden. Die sententia Publii Mucii hat darnach entschieden: „quae res dotales in ea seditione, qua Gracchus occisus erat, periissent .... Liciniae praestari oportere". Dies ist meines Erachtens nur von dem Verlust von Dotalsachen zu verstehen, die bei dem tumultuarischen Vorgange zerstört oder abhanden gekommen waren, wofür dann Ersatz verlangt und von P. Mucius, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, zuerkannt wurde. Ich kann mir nicht denken, daß diese Entscheidung in einem Prozeß der Licinia gegen den armen Knaben Caius Gracchus, ihren eigenen Sohn, ergangen sei, wenn die Confiscation des Vermögens des Vaters wirklich vollzogen und der Sohn somit aller Habe baar geworden war.

[25]) So nimmt Voigt denn auch in dem Falle der Anm. 24 an, daß Licinia in der Manus des C. Gracchus gestanden und daher selbst mit ihrem Sohne sua heres desselben gewesen sei, deshalb denn ihre Forderung gegen den Sohn nur auf die Hälfte ihrer Dos sich beschränkt habe.

[26]) L. un. §. 3. Cod. de rei ux. act. 5. 13. cf. L. 7. Theod. Cod. de testam. 4. 4.

[27]) Ich kann mir die Sache nicht wohl anders vorstellen, als daß die Wittwe im iudicium familiae erciscundae erklärt hätte, sie wolle sich blos mit ihrem eingebrachten Vermögen begnügen, auf alles Andere verzichten,

Da sie alle Rechte der Agnatin in der Familie des Mannes behielt, so konnte es nicht als dringende Forderung der Billigkeit erscheinen, daß es ihr freistehe, ihr eingebrachtes Gut ganz herauszuziehen, während alles durch die Söhne und Töchter erworbene Vermögen schlechthin in die Erbschaft des Vaters fiel und sie daran als sua heres ihren Antheil in Anspruch nehmen konnte. Dann allerdings, wenn sie im Testament des Mannes exheredirt und auch durch Legat nicht gehörig bedacht war, ist es wahrscheinlich, daß ihr die Rückforderung ihres Eingebrachten gewährt wurde, daß sie nicht blos auf die querela de inofficioso testamento angewiesen war, um ihre Ansprüche geltend zu machen, sondern zwischen der Rückforderung ihres Heirathsgutes und der Querel oder nach Umständen der Legatsforderung die Wahl hatte.

2) Schwieriger ist der Fall, wenn der Mann nicht sui iuris und die Dos somit nicht ihm selbst, sondern dem Vater, in dessen Gewalt er stand, bestellt oder doch durch die an den Sohn geschehene Bestellung ipso iure erworben war. Hier ist zu unterscheiden, ob die Ehe noch bei Lebzeiten des Schwiegervaters durch den Tod des Mannes aufgelöst wurde, oder der Schwiegervater noch während bestehender Ehe des Sohnes starb. Für den ersten Fall behauptet Voigt S. 59, daß der Tod des in väterlicher Gewalt befindlichen Sohnes durchaus gar keinen Einfluß auf den Bestand der Dos gehabt habe, und zwar in keiner Periode des römischen Rechts, daß jene vielmehr in ihrer Existenzdauer durchaus von der Lebensdauer dessen, dem sie bestellt war, abhängig gewesen, also erst nach dem Tode des Schwiegervaters eine actio rei uxoriae in's Leben getreten sei. Dies ist ohne Zweifel richtig,

---

wogegen dann aber die Miterben auch die sonstigen Schulden der Erblasser allein zu übernehmen und sie gegen die Gläubiger sicher zu stellen hätten. Darnach würde dann die Annahme von Voigt, daß in dem Rechtsfalle der Licinia, so wie er ihn construirt, deren Dotalanspruch auf die Hälfte beschränkt gewesen sei, sich meines Erachtens nur in der Art rechtfertigen lassen, daß, weil nichts vorhanden, zu dem iudicium familiae erciscundae kein Anlaß, und somit keine Gelegenheit geboten war, jene Ausgleichung zu erwirken. Von Confusio konnte strenge genommen nicht die Rede sein; die actio rei uxoriae konnte für die Wittwe erst durch den Tod des Mannes entstehen; doch entstand sie gegen die Miterben nur pro partibus hereditariis und natürlich nicht gegen sich selbst; wenn sie aber auf ihren Erbantheil verzichtend nur ihr Heirathsgut herausziehen wollte, konnte sie auch natürlich vollen Ersatz dafür verlangen.

wenn die Frau in manu mariti, beziehungsweise soceri stand, wenn man auch sonst die Zulässigkeit jener Klage im Todesfalle behaupten möchte. Die Wittwe des Sohnes blieb in diesem Falle nach wie vor neptisfamilias des Schwiegervaters und wurde nun, in locum mariti succedendo, wie dessen Kinder sua heres desselben, und erst nach dessen Tode konnte die Frage entstehen, ob sie ihr eingebrachtes Gut aus der Erbschaft herauszuziehen berechtigt sei[28]). In Ansehung der Dos aber bei der Ehe ohne Manus muß ich die Behauptung des Verfassers ablehnen und begreife ich nicht, wie er dazu kommt, dieselbe mit solcher Entschiedenheit aufzustellen, da er einen Beleg dafür nicht anführt. Es stehen ihr entgegen die allgemeinen Aeußerungen, welche das Recht der Rückforderung mit der Auflösung der Ehe in Verbindung bringen, soluto oder diremto matrimonio die Klage gaben[29]), und selbst schon die Ueberschrift der betreffenden Titel (Dig. 24. 3. Cod. 5. 18): „soluto matrimonio dos quemadmodum petatur“[30]), womit übereinstimmt, daß uns sehr häufig der Gegensatz „constante und finito oder dissoluto matrimonio“ begegnet. Ohne Zweifel wurde auch die Stipulation auf Rückgabe der Dos nach Endigung der Ehe gerichtet, und wenn also der Schwiegervater die Rückgabe der ihm bestellten Dos promittirt hatte, so konnte auch gar kein Zweifel darüber auftauchen, daß die Klage daraus sofort nach dem Tode des Sohnes begründet war; es ist aber an sich sehr unwahrscheinlich, daß in diesem Punkte die in Ermangelung der Stipulation eintretende actio rei uxoriae von der actio ex stipulatu verschieden war. So wird denn auch in L. 22. §. 12. D. soluto matr. 24. 3 die Klage schlechthin gegen den Schwiegervater (nicht erst gegen dessen Erben) gegeben, und diesen Ausspruch nur auf den Fall der Scheidung zu beziehen, dazu liegt kein Grund vor, da die L. 22

[28]) Ob die Wittwe des Sohnes auch noch bei Lebzeiten des Schwiegervaters gleichsam nachträglich geschieden und aus dessen Manus entlassen werden konnte, und welchen Einfluß dieses auf ihre Vermögensverhältnisse hatte, darüber geben uns, meines Wissens, die Quellen keinen Aufschluß.

[29]) L. 2. D. h. t. 24. 3. L. 84. D. de jure dot. 23. 3. cf. L. 1. Cod. h. t. 5. 18.

[30]) Voigt S. 33 Anm. 87 bezieht diese Titel nur auf das Dotalrecht im Scheidungsfall. Das ist nach dem Gesammtinhalt derselben (vgl. auch das Folgende) durchaus unberechtigt.

cit. überhaupt nur solutum matrimonium voraussetzt (vgl. §. 1. 2. 7. 8. 10) und im pr. sogar ausdrücklich Scheidung und Todesfall anführt. Sodann L. 10. D. de pact. dot. 23. 4 setzt den Fall, daß der Großvater, welchem für den Enkel die Dos bestellt wurde, sich ausbedungen hatte „ne a se neve a filio dos peteretur". Eine solche Verabredung für den Fall der Scheidung insbesondre ist nicht wahrscheinlich; im Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau fand die Rückforderung überhaupt nicht statt; also muß dabei vorzüglich an den Fall der Auflösung durch den Tod des maritus neposfamilias gedacht sein; also konnte ohne jene Verabredung auch in diesem Fall der Großvater selbst und beziehungsweise der Vater, in dessen Gewalt der Mann war, auf die Rückgabe der Dos belangt werden. Endlich die L. 10. Cod. h. t. 5. 18 widerlegt den Verfasser geradezu. Sie sagt:

Si socero filiae tuae dotem dedisti, licet in eius positus potestate gener tuus rebus humanis exemtus sit, tamen non de peculio, sed in solidum a te, consentiente filia, conventum eum satisfacere oportet.

Der Schwiegervater selbst, dem die Dos bestellt war, kann belangt und verurtheilt werden. Also wird durch den Tod des in patria potestate befindlichen Ehemannes die rechtliche Lage der Dos sehr wesentlich berührt. Der Schwiegervater hat sie post solutum morte mariti matrimonium sofort zu restituiren. Nur in Beziehung auf den Umfang der Restitutionspflicht machte es einen Unterschied, ob die Dos dem Schwiegervater selbst bestellt war, oder dem Sohne mit Genehmigung des Vaters, oder dem Sohne ohne solche Genehmigung, indem in den beiden ersten Fällen der Schwiegervater in solidum, im dritten nur de peculio haftete, natürlich aber in jedem Falle wenigstens quod in rem eius versum erat herauszugeben hatte [31]).

Anders gestaltet sich der Fall, wenn der Schwiegervater während noch bestehender Ehe gestorben, nun also der Mann sui iuris geworden ist. War die Frau in manu, so war sie von nun an eben vollkommen und ausschließlich in manu mariti. War dieser der einzige Erbe, so hatte er in der Erbschaft des

[31]) L. 22. §. 12. D. cit. L. 10. Cod. cit. cf. L. 20. §. 2. in fine D. fam. ercisc. 10. 2.

Vaters zugleich das eingebrachte Vermögen seiner Frau. Ob aber für den Fall, daß er gar nicht oder nur zum Theil Erbe des Vaters geworden, in Ansehung dieses Vermögens besonderes Recht galt, lasse ich dahin gestellt sein, da uns die Quellen keinen Anhaltpunkt für die Beantwortung dieser Frage darbieten. Bei der Ehe ohne Manus dagegen ergab sich für diesen Fall ein eigenthümlicher Conflikt, indem einerseits die Verpflichtung zur Restitution der Dos die Erben des Schwiegervaters, als des bisherigen Eigenthümers der Dos, treffen mußte, andrerseits aber die Function der Dos noch nicht beendet war, da die Ehe des Sohnes nach dem Tode des Vaters fortbestand. Erwägen wir auch hier vorerst den Fall, daß die Rückgabe der Dos stipulirt worden war. Hatte die Frau von dem Manne selbst die Rückgabe nach Endigung der Ehe stipulirt, so war zunächst dieser allein verpflichtet und gegen ihn allein die actio ex stipulatu begründet, und zwar erst nach Endigung der Ehe, also im fraglichen Falle erst nach dessen Tode gegen dessen Erben. Gegen den Vater und dessen Erben konnte die actio ex stipulatu nur als sog. actio adiectitiae qualitatis angestellt werden, natürlich auch erst dann, wenn die principalis actio gegen den Sohn selbst entstanden war, also nicht constante matrimonio. War die Dos dem Schwiegervater bestellt und von diesem selbst die Rückgabe nach Endigung der Ehe promittirt worden, so ging die Verpflichtung daraus auf die Erben als solche über und gegen diese fand principaliter die actio ex stipulatu statt, aber wiederum auch erst nach Endigung der Ehe, also in dem fraglichen Falle erst nach dem Tode des Mannes; man müßte sonst eine ausdrückliche Stipulation der Rückgabe auf den Todesfall des Schwiegervaters voraussetzen, die als stipulatio post mortem promissoris bekanntlich nach damaligem Rechte ungültig gewesen wäre. In beiden Fällen fragte es sich dann nur, wie der Sohn nach dem Tode des Vaters, in dessen Vermögen die Dos übergegangen war, aus dessen Erbschaft, wo er gar nicht oder nur zum Theil Erbe war, die Dos herauszog, damit sie noch ferner ihre Function, ut oneribus matrimonii serviat, erfülle? Wie verhielt es sich nun, wo keine Stipulation vorlag, mit der rei uxoriae actio? Sollte sie noch constante matrimonio nach dem Tode des Schwiegervaters gegen die Erben desselben begründet gewesen sein? und wie wurde die Fortdauer ihrer Function bis zum Ende der Ehe

erreicht? Wie es scheint, hat die Beantwortung dieser Fragen der classischen Jurisprudenz einige Schwierigkeiten bereitet. Was die Quellen darüber für das Recht dieser Zeit ergeben, ist Folgendes:

a) Auch wenn dem Schwiegervater die Dos bestellt war, lag der Gedanke zum Grunde, daß dem Dotalrecht gemäß eigentlich erst nach Endigung der Ehe die Rückgabe der Dos einzutreten habe. Dieses beweisen folgende Stellen:

L. 1. §. 9. D. de dote praelegata. 33. 4.

Celsus libro vicesimo Digestorum scribit, si socer nurui dotem relegavit, si quidem ius actionis de dote voluit relegare, nullius momenti esse legatum, quippe nupta est.

Das ius actionis de dote ist kein geeigneter Inhalt eines wirksamen Legats, wo die Ehe noch besteht, weil es eben erst nach Endigung der Ehe in's Leben tritt.

L. 1. §. 13. D. eod.

Sed et marito ex parte herede instituto, a socero dote praelegata (relegata?), legatum dotis Falcidiam passurum, videlicet quia adhuc constante matrimonio indebita dos videtur relegata.

So lange die Ehe besteht, hat die Frau keine Dotalforderung; das Vermächtnis der Dos an dieselbe ist noch indebitum legatum; würde die Ehe später durch den Tod der Frau aufgelöst, so träte ja, nach damaligem Recht, die Dotalforderung gar nicht in's Leben; daher unterliegt das Vermächtnis dem Abzug nach der lex Falcidia, während das bei dem debitum legatum nicht der Fall ist. Gleicherweise sagt

L. 10. §. 1. D. de legat. praest. 37. 5. (Ulp.)

Si nurui dotem praelegaverit eaque mortis tempore nupta sit, nullum legatum est, quia dos nondum debeatur.

L. 7. pr. D. eod. (Pap.)

Pater dotem a nuru acceptam filio exheredato legavit: heres patris opposita doli exceptione non ante solvere legatum cogendus est, quam ei cautum fuerit de indemnitate soluto matrimonio.

Der Erbe befürchtet mit der actio de dote wegen Herausgabe der Dos noch einmal in Anspruch genommen zu werden, aber er befürchtet dieses erst soluto matrimonio; nur dagegen will er sicher gestellt sein, ehe er das Legat auszahlt.

b) Die Personen, gegen welche die actio de dote sich richtet, sind die Erben des Schwiegervaters. Gegen den enterbten Sohn-Ehemann findet sie nicht statt;

L. 7. pr. cit. L. 1. §. 19. D. eod.

Per contrarium apud Julianum libro trigesimo septimo quaeritur, si socer filio suo exheredato dotem nurus legasset. Et ait, agi quidem cum marito exheredato de dote non posse;

gegen den mit anderen zusammen Erbe gewordenen nur pro parte, arg.

L. 20. §. 2. L. 51. pr. D. fam. ercisc. 10. 2. L. 31. §. 3. D. soluto matr. 24. 3. L. 1. §. 13. D. de dote praeleg. 33. 4. L. 85. in f. D. ad leg. Falcid. 35. 2.

Dieses ist jedoch eben auch nur von dem Falle zu behaupten, wenn dem Vater die Dos bestellt worden war. War sie dem Sohne selbst bestellt worden, so mußte eben so wohl die actio rei uxoriae, wie, falls er selbst die Rückgabe promittirt hatte, die actio ex stipulatu gegen ihn schlechthin zustehen, gegen die Erben nur bedingt, arg.

L. 20. §. 2. D. fam. ercisc. 10. 2.

Praecipere autem non solum patri datam dotem filium oportere, sed etiam ipsi filio Marcellus scribit, sed filio datam tamdiu quamdiu peculium patitur vel in rem patris versum sit.

c) Aber die Dos sollte doch für die Dauer der Ehe dem Manne verbleiben:

L. 56. §. 1. 2. D. de iure dot. 23. 3. (Paul.)

Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt. Post mortem patris statim onera matrimonii filium sequuntur, sicut liberi, sicut uxor.

L. 46. D. fam. ercisc. 10. 2. (Paul.)

. . . mortuo patre quaedam filios sequuntur . . . ut matrimonium, ut liberi, ut tutela. Igitur et dotem praecipere debet, qui onus matrimonii post mortem patris sustinuit, et ita Scaevolae quoque nostro visum est.

Dies machte gar keine Schwierigkeit, wenn der Mann der einzige Erbe des Vaters geworden. Er erhielt darin zugleich die ganze für seine Ehe bestellte Dos, so weit sie noch vorhanden war, und hatte dann nur im Fall der Scheidung selbst, im Fall seines Todes für seine Erben die actio de dote zu erwarten.

L. 85. D. ad leg. Falcid. 35. 2. (Julian.)

Si dos socero data est et solus filius heres patri extitisset, dotem confestim in computatione hereditatis et Falcidiae rationem in aere alieno deducet, aliter enim videbitur indotatam uxorem habere.

Weil nach damaligem Rechte der Mann die Dos behielt, wenn die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst wurde, so hätte etwa Jemand glauben können, die Dotalschuld sei bei Berechnung der Falcidischen Quarta als eine bedingte Schuld zu behandeln, und daher nur eventuell von dem Betrage des Aktivvermögens, zu dem übrigens auch die noch vorhandene Dos gehörte, in Abzug zu bringen, für den Fall nehmlich, daß späterhin die actio de dote entstehe. Allein daraus würde folgen, daß der Mann nun in der That keine Dos mehr hätte, indotatam uxorem haberet. Wenn z. B. der Betrag der Dos gerade einem Viertheil des gesammten Aktivvermögens gleichkam, drei Viertheile aber durch Legate erschöpft waren, so hätten diese, falls nicht die Frau die Auflösung der Ehe überlebte, ohne Abzug entrichtet werden müssen, der Mann hätte also, wenn die Frau in der Ehe starb, gar nichts als Dos behalten, sondern nur gerade so viel gehabt, als er durch den Abzug der Falcidischen Quarta behalten haben würde, wenn eine Dos für ihn gar nicht bestellt, die Erbschaft des Vaters sonst aber von gleichem Betrage gewesen wäre. Daher die Entscheidung der L. 85. cit., die das doppelte Moment in sich schließt, sowohl, daß der Sohn die seinem Vater bestellte Dos mit dessen Erbschaft ohne weiteres überkommt, als auch, daß er erst nach der später erfolgenden Endigung der Ehe mit der actio de dote auf Rückgabe belangt werden kann.

War dagegen der Sohn-Ehemann nur zum Theil Erbe des Vaters, so diente ihm das iudicium familiae erciscundae dazu, von den Miterben die Herausgabe der ganzen Dos, als eines ihm gebührenden Präcipuum, zu erlangen. Dabei mußte er aber den Miterben Caution leisten, daß er die künftige actio de dote auch zu ihrem Theil allein auf sich nehmen, die Miterben gegen die Klage vertheidigen werde. So sagt

L. 20. §. 2. D. fam. ercisc. 10. 2.

Integram igitur dotem praecipiat (sc. filiusfamilias) et cavebit defensum iri coheredes, qui ex stipulatu possunt conveniri.

Vermuthlich ist diese Stelle durch die Compilatoren mit Rücksicht auf L. un. Cod. de rei uxoriae. act. 5. 13 abgeändert; vielleicht hat Ulpian geschrieben: „qui rei uxoriae vel ex stipulatu actione possunt conveniri". Daß auch gegen die erste Klage Sicherheit zu leisten war, ist für den Fall, wenn die Dos dem Erblasser als Schwiegervater bestellt worden, nicht zu bezweifeln. Wenn dagegen die Dos dem Sohne selbst bestellt war, so konnte dieser zwar ebenfalls die in das Vermögen des Erblassers übergegangene Dos als Präcipuum in Anspruch nehmen, aber hier konnte jene Caution entbehrlich scheinen, weil die Dotalklage zunächst nur gegen den Ehemann selbst, und zwar in solidum, zustand. Uebrigens bestätigen das Gesagte noch

L. 51. pr. D. fam. ercisc. 10. 2. (Paul.)

Fundus qui dotis nomine socero traditus fuerit, quum pater filium ex aliqua parte heredem instituerit, per arbitrum familiae erciscundae praecipi ita debet, ut ea causa filii sit, in qua futura esset[32]), si dos per praeceptionem legata fuisset,

worin die Vergleichung mit dem ohne Zweifel sehr häufig vorgekommenen Falle, daß der Vater dem verheiratheten Sohne die für dessen Ehe bestellte Dos per praeceptionem legirte, bedeutsam hervortritt, sodann

L. 2. Cod. fam. ercisc. 3. 36. (Antonin. Caracalla.)

Uxor tua, si mortuo patre tuo, cui dotem numeraverat, quum heres ei extiteris, adhuc in matrimonio tuo fuerit, familiae erciscundae actionem ad exsequendam dotem secundum iuris pridem placitum adversus coheredes tuos nactus es eamque retines, etiamsi postea, dum tibi nupta est, decessit,

worin noch besonders ausgesprochen ist, daß der Mann die so erlangte Dos auch dann, wenn nachher die Ehe durch den Tod der Frau geendigt wird, der damals geltenden Regel gemäß behalte, nicht etwa jetzt wieder pro parte den Miterben herauszugeben habe, und beiläufig angedeutet wird, daß jener Rechtssatz der Jurisprudenz seine Entstehung verdankte.

---

[32]) Haloander hat quae statt in qua. Mommsen in seiner Ausgabe deutet als Textverbesserung an: „ut (fundus) ea causa filii sit, qua futurus sit".

In Uebereinstimmung damit steht der Schluß der oben besprochenen L. 85. D. ad leg. Falcid. von Julian:

Quodsi filius extraneum coheredem habeat, ipse quidem semper, pro qua parte heres erit, dotem in aere alieno deducet, et coheres eius antequam dos a filio praecipiatur".

Dem Sohne steht nach Maßgabe seines Erbtheils die actio de dote bevor, und in so weit findet ganz dasselbe Anwendung, was oben für den Fall, daß er der einzige Erbe sei, gesagt worden ist. Neben ihm sind seine Miterben, ebenfalls nach Maßgabe ihrer Erbtheile, der Dotalklage ausgesetzt, und müssen eben so wie jener berechtigt sein, den auf sie fallenden Betrag der Dos bezüglich der Falcidischen Berechnung als Schuld in Abzug zu bringen. Aber warum nur, antequam dos a filio praecipiatur? Die Berechnung der Falcidia sollte doch mit Rücksicht auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers geschehen; war darnach festgestellt, ob und wie viel die Legate Abzug erleiden, so konnte dieses dadurch, daß eine in Anrechnung gebrachte Schuld getilgt wurde, keine Aenderung erfahren. Und unmöglich kann jener Zusatz den Sinn haben, daß, nachdem die praeceptio dotis vollzogen worden, nun der Miterbe seinen Legataren mehr zu entrichten habe: Er ist vielmehr so zu erklären, daß, nachdem die Dos dem Ehemann überwiesen worden, nunmehr dieselbe als gänzlich ausgeschieden aus der Erbschaft betrachtet wurde.

Wenn der Sohn gar nicht Erbe war, also ein iudicium familiae erciscundae nicht stattfinden konnte, so konnte doch durch ein Legat vorgesorgt sein, daß derselbe sich die Herausgabe der Dos zu verschaffen vermöge; aber dann hatte dieser ebenfalls den Erben Caution dafür zu leisten, daß er für deren Vertheidigung gegen die in Aussicht stehende Dotalklage der Frau einstehen werde:

L. 1. §. 10. D. de dote praeleg. 33. 4.

.... agi quidem cum marito exheredato de dote non posse; verum tamen ipsum dotem persecuturum ex causa legati, sed non alias eum legatum consecuturum, quam si caverit, heredes adversus mulierem defensum iri;

denn an sich blieb, auch wenn die Erben die Dos dem Manne herausgegeben hatten, die actio de dote in Folge der ihrem Erblasser bestellten Dos noch gegen dieselben begründet;

L. 1. §. 10. cit. in fine:

dotis actio nihilominus competit, etsi dotem desierit habere.

Vgl. L. 7. D. eodem.

War aber endlich der Sohn weder Erbe des Vaters noch auch demselben die Dos durch Vermächtnis zugewendet, so wurde ihm eine utilis actio eingeräumt (utilis familiae erciscundae oder legati actio?), um die Herausgabe der Dos gegen die Erben des Vaters zu erwirken, wiederum gegen die Sicherstellung der Erben bezüglich der de dote actio mulieris.

L. 1. §. 9. D. l. c.

Sed si voluit eam (sc. nurum, cui dotem socer relegavit) recipere dotalem pecuniam, inquit (Celsus), utile erit legatum. Si tamen haec dotem receperit, nihilominus dotis persecutionem habebit, sive heres institutus esset, familiae erciscundae iudicio, sive non, utili actione. Ego puto, quoniam non hoc voluit socer, ut bis dotem heres praestet, et mulierem agentem ex testamento cavere debere, defensum iri heredem adversus maritum. Ergo et maritus idem debebit cavere, defensum iri adversus mulierem.

d) Bisher haben wir nur von Klagen gesprochen, welche dem Sohn-Ehemann zustanden, um bei fortdauernder Ehe, oder der Frau, um nach Auflösung der Ehe die Dos aus der Erbschaft des während der Ehe verstorbenen Schwiegervaters zu erlangen. Aber wir finden nun, daß auch der Frau noch während der Ehe gegen die Erben des Schwiegervaters eine Dotalklage eingeräumt war. So sagt Ulpian in

L. 10. D. de legat. praest. 37. 5.

Si nurui dotem praelegaverit eaque mortis tempore nupta sit, nullum legatum esse, quia dos nondum debeatur; sed quum et constante matrimonio adversus heredes soceri dabitur actio, etiam praelegatae dotis petitionem dari debere.

Ulpian bleibt hier bei dem Satze, den er in L. 1. §. 9. D. de dote praeleg. aus Celsus ohne Misbilligung angeführt hat (vgl. oben unter a), nicht stehen. Er behauptet, daß, wenigstens unter Umständen, auch schon constante matrimonio die actio de dote von der Frau angestellt werden könne, und folgert daraus, daß nun in gleichem Maße, wenn ihr die Dos (sc. das ius actionis de dote) relegirt sei, auch die actio legati

ihr eingeräumt werden müsse. Jene Möglichkeit setzt auch Paulus voraus in

L. 46. D. fam. ercisc. 10. 2.

Si maritus sub conditione a patre heres institutus sit[33]), interim uxoris de dote actionem pendere.

Aber nur gegen andere Erben, nicht gegen den Ehemann als Erben des Vaters, wird der Frau die Klage gegeben, da der Ehemann ja bis zum Ende der Ehe die Dos behalten soll, wo nicht besondre Gründe schon während der Ehe das Verlangen rechtfertigen, daß die Dos dem Manne entzogen werde. Man könnte darauf beziehen

L. 24. §. 1. D. soluto matr. 24. 3. (Ulp.)

Si exheredato marito mulier agat (die Vulgata setzt hinzu: de dote), magis est, ut ex die aditae patris hereditatis incipiat ei dotis exactio;

und Voigt S. 62 führt auch diese Stelle mit an als Beweis für die actio de dote gegen die Erben des Schwiegervaters, indem er nach den Worten „agat de dote" als Parenthese hinzusetzt „i. e. adversus heredes soceri". War nehmlich der Sohn enterbt, so konnte sich durch Ablehnung der Erbschaft ex testamento noch ergeben, daß derselbe gleichwohl Erbe des Vaters wurde und darum constante matrimonio die actio de dote nicht stattfand. Aber da L. 24. cit. pr. den Fall der exactio dotis propter inopiam mariti bespricht und namentlich den Zeitpunct, wenn sie zulässig sei, bestimmt, so ist auch §. 1 vielmehr darauf zu beziehen und erklärt sich daraus, daß nach damaligem Recht der enterbte Sohn, wenn er nicht durch Vermächtnisse entschädigt war, nothwendig vermögenslos war und außer der Dos, die er auch als Enterbter erlangen konnte (nach Nr. c), nichts hatte, wobei es sich dann aber noch fragte, ob nicht die Enterbung durch Ablehnung der testamentarischen Erbschaft unwirksam werde.

Uebrigens hängt es mit jener actio de dote adversus heredes soceri zusammen, daß die Herausgabe der Dos von Seiten der Erben an die Frau selbst, bevor der Mann nach Nr. c seinen Anspruch geltend gemacht hatte, den letzten ausschloß, so wie umgekehrt die Klage der Frau ausgeschlossen war, wenn die Erben

33) Natürlich vorausgesetzt, daß dies gültig geschehen sei, also entweder unter einer Potestativbedingung oder so, daß er zugleich unter der entgegengesetzten Bedingung enterbt war.

unter der gehörigen Cautel die Dos an den Mann herausgegeben hatten. So sagt

L. 31. §. 3. D. soluto matr. 24. 3. (Julian.)

Quum patri dos data esset et ei filius ex aliqua parte heres sub conditione institutus fuerit, et pendente conditione coheredes eius dotem pro sua portione mulieri solverint, hoc minus filius ex dote praestare debebit, quoniam nullam actionem eius pecuniae recuperandae gratia adversus heredes habet.

Der Sohn sollte zwar eigentlich die ganze Dos haben und dann erst nach Endigung der Ehe der Frau zurückerstatten; aber wenn die Miterben zu ihrem Erbtheil dieselbe bereits an die Frau herausgegeben haben, so kann er nun in dem iudicium familiae erciscundae die praeceptio dotis nicht mehr durchführen, hat nun aber auch natürlich der Frau so viel weniger zu restituiren. Eben so wird, wenn dem Sohne die Dos prälegirt war, die Forderung aus dem Legat ausgeschlossen, wenn die Erben vorher der Frau die Dos zurückgegeben haben. L. 1. §. 11. L. 7. §. 1. D. de dote praeleg. 33. 4.

Dies nun sind die Sätze, welche wir für die Zeit der klassischen Jurisprudenz unseren Quellen entnehmen können, betreffend den Fall, wenn die Dos dem Schwiegervater bestellt und dieser während noch bestehender Ehe des Sohnes gestorben war[34]). Mit seiner Lex Maenia bringt Voigt S. 62. 64 dieselben, anknüpfend an den S. 59 von ihm aufgestellten Hauptsatz, daß die Existenzdauer der Dos von der Lebensdauer desjenigen, dem sie bestellt war, abhängig sei, folgendermaßen in Verbindung: Bei der Ehe ohne Manus stand die actio rei uxoriae, und zwar sofort nach dem Tode des Schwiegervaters gegen dessen Erben,

[34]) Nach Justinianischem Recht kam dieser Fall wohl nicht mehr häufig vor. War dem Sohn selbst die Dos bestellt, so gestaltete sich nun das Verhältnis ganz einfach so, daß er selbst allein das Eigenthum an den Dotalsachen, das nur einstweilen durch den Nießbrauch des Vaters beschränkt war, erwarb, wie auch allein zur Restitution der Dos nach Endigung der Ehe verpflichtet war. Daher wurde dies nun ohne Zweifel ganz gewöhnlich. Aber es konnte immerhin auch vorkommen, das dem Vater die Dos bestellt und das Eigenthum an den Dotalsachen übertragen wurde. Daher war die Aufnahme der diesen Fall betreffenden Stellen nicht gerade ein Fehlgriff der Compilatoren, abgesehen davon, daß sie auch sonst öfter die Consequenzen der L. 6. 8. Cod. de bon. quae lib. 6. 61 zu ziehen der Interpretation überlassen haben.

„der Frau selbst zu, allein das Eigenthumsrecht an der Dos ging in der gleichen Maße, wie bei der Ehe mit Manus auf den Ehemann über, und diese Ordnung ist zweifelsohne von der Lex Maenia als selbständiger Rechtssatz ausgesprochen worden." — „Dagegen ist es eine durchaus jüngere, der Lex Maenia fremde und wohl erst vom Zeitalter Nerva's abwärts festgestellte Rechtsordnung, daß dem Ehemanne schlechthin ein legales Präceptionsrecht der Dos seiner Ehefrau an dem Nachlasse seines Vaters, somit aber ipso iure eine Dos-Rückforderungsklage zusteht, und zwar als a. fam. ercisc., dafern er Miterbe am Nachlasse seines Vaters geworden ist, und andernfalls als a. fam. ercisc. utilis".

Mit dieser Aufstellung aber kann ich mich durchaus nicht einverstanden erklären.

Den ersten Theil derselben betreffend, muß ich vorerst fragen: was heißt es „das Eigenthumsrecht der Dos ging . . . auf den Ehemann über?" Das Eigenthum der Dotalsachen kann nicht gemeint sein; denn dieses mußte zurückübertragen werden; darauf ging die actio rei uxoriae, und, wenn also diese der Frau zustand, so mußte es der Frau übertragen werden. Das Dotalrecht kann auch nicht gemeint sein; denn dieses besteht ja eben wesentlich in dem ius actionis de dote, und diese actio de dote soll ja der Frau, nicht dem Manne zustehen. Es bleibt also nichts übrig als ein Anspruch des Mannes darauf, daß ihm die Dos, deren Rückgabe die Frau durch die actio rei uxoriae erwirkte, für die fernere Dauer der Ehe überlassen werde. Aber ein Anspruch ohne Klage? oder welche Klage sollte es sein, wodurch der Mann jenen Anspruch geltend machte? und, wenn es geschehen war, durch welche Klage wurde dann nach Endigung der Ehe die Rückgabe der Dos von Seiten des Mannes oder seiner Erben erwirkt? Diese konnte allenfalls durch eine Cautio bei Herausgabe der Dos beschafft werden, wie in dem Falle, wenn die Erben des Vaters die Dos dem Manne herausgaben. Aber eine Klage gegen die Frau ist nicht zu erfinden. Den Erben etwa gegenüber der actio rei uxoriae der Frau das Recht zu geben, Caution dafür zu verlangen, daß die Klägerin die Dos dem Manne überlasse, das wäre eine unmögliche Aushülfe, da sie, die vom Manne nichts zu befürchten hatten, auch kein Interesse dabei haben konnten, und zudem eine ungenügende; denn wie, wenn sie die Caution eben nicht verlangten?

Sodann: was heißt es „in der gleichen Maße wie bei der Ehe mit Manus?" Das Eigenthum der von der Schwiegertochter in manu herrührenden dem Schwiegervater erworbenen Sachen ging auf dessen Erben über. Der Verfasser nimmt aber an, im Fall des Todes des Schwiegervaters erwerbe die Schwiegertochter eine actio rei uxoriae gegen die Erben auf Herausgabe ihres Heirathsgutes, diese Klage aber sei, da sie in manu des Sohnes bleibe, sofort ipso iure diesem erworben. Sollte nun dem analog das Verhältnis bezüglich der Dos bei der Ehe ohne Manus geordnet werden, so mußte ja gerade das ius actionis de dote, die rei uxoriae actio, dem Manne etwa als utilis actio mit Ausschließung der Frau beigelegt werden. Das soll aber nicht der Fall sein. Es fehlt also durchaus an „der gleichen Maße"; denn weder erwirbt der Mann, es sei denn als Erbe, das Eigenthumsrecht an den noch in der Erbschaft des Vaters befindlichen Dotalsachen, noch die actio rei uxoriae; nur ein in der Luft schwebendes Eigenthumsrecht an der Dos, das weder das eine noch das andere ist, wird ihm beigelegt.

Es ergibt sich hieraus, daß der erwünschte Parallelismus vielmehr gerade erst durch die Rechtsmittel, die nach der Ausführung unter c) im klassischen Recht dem Manne zugestanden sind, wirklich erreicht worden wäre. Dies führt mich auf den zweiten Theil jener Aufstellung. Daß das Präceptionsrecht der Dos auf Seiten des Sohn-Ehemanns erst später zur Anerkennung gekommen sei, als die schon während der Ehe zulässige actio de dote der Schwiegertochter gegen die Erben des Schwiegervaters, dafür hat Voigt nicht einmal den Schein eines Beweises gegeben. Allerdings gehen die quellenmäßigen Belege für jenes nicht über Julian und Celsus hinauf, allein es erscheint in diesen Stellen durchaus nicht als etwas Neues oder Zweifelhaftes [35]). Andrerseits wird der fraglichen Klage der Schwiegertochter, ab-

[35]) Vgl. Voigt S. 64 Anm. 101. Wenn Paulus in L. 46. D. fam. ercisc. 10. 2. sich mit besonderem Nachdruck auf die Autorität des Cervidius Scaevola beruft („et ita Scaevolae quoque nostro visum est"), so ist das nicht auf einen Zweifel in Betreff des Präceptionsrechts überhaupt zu deuten, sondern nur auf die Entscheidung des besonderen Falls der Stelle zu beziehen, wenn nehmlich der Mann vom Vater unter Bedingung zum Erben eingesetzt war und dann noch vor Erfüllung der Bedingung die Scheidung erfolgte.

gesehen nehmlich von dem Falle, wenn ihr dos a socero relegata erat, direkt nur in zwei Stellen von Ulpian[36]), und in einer von Paulus[37]) erwähnt, und nur noch in einer Stelle von Julian[38]), wie es scheint, vorausgesetzt, und von den beiden Stellen des Ulpian hat zudem die eine entschieden keine Beweiskraft für den allgemeinen Satz des Verfassers, da sie nur von der exactio dotis propter inopiam mariti handelt, die natürlich, so lange die Dos noch nicht an den Mann gekommen war, gegen die Erben des Schwiegervaters zugelassen werden mußte. Und selbst auch die zweite Stelle Ulpian's drückt sich in einer Weise aus, daß es ganz wohl zulässig ist, sie nur auf denselben oder einen ähnlichen exceptionellen Fall zu beziehen, ohne Anerkennung der Regel, daß überhaupt schon constante matrimonio die actio de dote adversus heredes soceri stattfinde. Nachdem sie zuerst den Satz, daß das Legat der Dos an die noch verheirathete Schwiegertochter richtig sei, vorangestellt, setzt sie hinzu: Sed quum et constante matrimonio adversus heredes soceri d a b i t u r actio, dicendum est, etiam praelegatae dotis petitionem dari debere, und das kann sehr wohl erklärt werden: in dem Falle aber, wenn (ausnahmsweise) auch schon constante matrimonio die actio de dote gegen die Erben gewährt wird, muß nicht minder auch die Klage aus dem Legat zugelassen werden. Auf denselben Fall kann dann endlich auch die Stelle des Paulus bezogen werden, weil, wenn der Sohn gültiger Weise nur sub conditione ex aliqua parte heres institutus est, dies eventuell in der Wirkung einer Enterbung des Sohnes gleichkommen kann.

Nach allem diesem kann ich es jedenfalls weder als erwiesen noch als wahrscheinlich zugeben, daß die actio de dote constante matrimonio älter als das Präceptionsrecht des Sohnes sei und auf einem alten Civilgesetze beruhe. Ich finde es vielmehr wahrscheinlicher, daß jene auf dem prätorischen Edict beruhte, dieses ein Produkt des ius civile war. Dies schließe ich daraus, daß Ulpian nach L. 1. §. 9. sq. D. de dote praeleg. in seinem Werke ad Sabinum die Ansicht des Celsus über die Richtigkeit der relegatio dotis an die noch verheirathete Schwiegertochter

[36]) L. 24. §. 1. D. soluto matr. 24. 3. L. 10. §. 1. D. de legat. praest. 37. 5.

[37]) L. 46. D. fam. ercisc. 10. 2.

[38]) L. 31. §. 3. D. soluto matr. 24. 3.

ohne Misbilligung oder Beschränkung anführt, eben daselbst das Klagrecht des Mannes anerkennt, nach L. 10. §. 1. D. de legat. praest. aber in seinen Büchern ad edictum ungeachtet der auch hier angenommenen civilrechtlichen Nichtigkeit des Legats gleichwohl eine actio de dote und eine petitio praelegatae dotis zuläßt.

In diesem Punkte also abweichend von Voigt stelle ich mir den historischen Zusammenhang so vor: Das Gesetz stellte als Regel auf, daß im Fall der Endigung der Ehe durch den Tod des Mannes die Dos der Wittwe (beziehungsweise deren Vater) zu restituiren sei, erkannte aber zugleich an, daß, so lange die Ehe dauere, auch die Beziehung der Dos zu derselben festzuhalten und somit dem Sohne, der, sui iuris geworden, fortan die onera matrimonii allein zu tragen hatte, zuzuwenden sei. Nach diesen Grundsätzen wurde durch Theorie und Praxis die Lehre genauer ausgebildet, und nur das noch hinzugefügt, daß auch die Frau zur Sicherung ihres Dotalrechts die Erben des Schwiegervaters schon während der Ehe wegen Ausantwortung der Dos in Anspruch nehmen konnte, wo etwa der Mann es versäumte oder andere Gründe vorlagen, diesem die Dos zu entwinden.

§. 6.

Viel einfacher und kürzer ist der Fall zu erledigen, wenn die Ehe durch den Tod der Frau geendigt wurde. Bei der Ehe mit Manus verstand sich von selbst, daß die der Frau bestellte Dos, wenn nicht der dritte Besteller den Rückfall stipulirt hatte, wie alles von der Frau herrührende Gut des Mannes, beziehungsweise des Schwiegervaters, diesem zu eigen blieb, da die Frau in diesem Falle Erben gar nicht haben konnte. Bezüglich der Dos bei der Ehe ohne Manus aber war eben so der Grundsatz anerkannt, daß dieselbe dem Manne verbleibe, die Erben der Frau keinen Anspruch darauf hatten[39]). Daß aber dieser Grundsatz schon zur Zeit des Augustus und des Cicero galt, das beweist Voigt S. 65. 66 aus Val. Max. VII. 7. 4 und Cic. pro Flacco cap. 35, und daß auch dieser Grundsatz in einer Lex seinen Ausdruck gefunden, das beweist die eine Ausnahme, welche von jener Regel galt. Wenn der Vater die Tochter, durch deren Tod die Ehe geendigt wurde, überlebte, so konnte er die von ihm bestellte

---

[39]) Ulp. fragm. VI. 4. 5. cf. fragm. Vat. §. 98

Dos (profectitia) zurückfordern, er für seine Person, nicht seine Erben, der Mann aber hatte das Recht, für jedes in der Ehe mit der Tochter erzeugte noch lebende Kind ein Fünftheil, also wenn fünf Kinder da waren, die ganze Dos zurückzuhalten. Diese Bestimmung, mit ihrem Ansatz nach festem Zahlverhältnis, läßt sich nicht wohl aus einer anderen Quelle, als einem positiven Gesetz, ableiten. Daß sie aber ebenfalls schon zur Zeit der Republik bestand, daß sie namentlich schon dem berühmten Zeitgenossen Cicero's, Servius Sulpicius, bekannt war, geht hervor aus

L. 79. pr. D. de iure dot. 23. 3. (Labeo lib. VI. poster. a Javoleno epitom.)

Avus neptis nomine filio natae genero dotem dedit et moritur; negat Servius dotem ad patrem reverti, et ego cum Servio sentio, quia non potest videri ab eo profecta, quia nihil ex his sui habuisset.

Es muß also dieselbe einer Lex aus früherer Zeit zugeschrieben werden.

§. 7.

Als einen besonderen Punkt in dem Inhalte der fraglichen Lex de dote hebt Voigt in §. 15. S. 67 fg. noch die gesetzlichen Numerations- und Restitutionsfristen der Dos hervor, die ebenfalls wieder eine Lex fast unabweislich vorauszusetzen scheinen. In Ansehung der Restitution der Dos galt bekanntlich im classischen Recht, wo nicht durch Verabredung etwas anders bestimmt war, die Regel, daß dieselbe, sofern sie in einer Quantität vertretbarer Dinge bestand, erst in drei Terminen von je einem Jahr restituirt zu werden brauchte[40]), eine Regel, die erst Justinian dahin abänderte, daß nur Grundstücke sofort, andre Dotalgegenstände innerhalb eines Jahres zu restituiren seien[41]). Auch diese Regel bestand allem Anschein nach schon vor der Lex Julia de maritandis ordinibus; sie wird in dieser vorausgesetzt, indem sie dieselbe für den Fall, daß der Mann die Scheidung verschuldet hatte, propter mores graviores ganz ausschloß, propter mores leviores aber dahin abänderte, daß derselbe die Fungibilien schon

---

[40]) Ulp. fragm. VI. 8. Dos si pondere numero mensura contineatur, annua, bima, trima die redditur, nisi ut praesens reddatur convenerit. Reliquae dotes statim redduntur. Vgl. L. 14 — 17. 19. D. de pact. dot. 23. 4.

[41]) L. un. §. 7. Cod. de rei uxor. act. 5. 13.

nach Ablauf von sechs Monaten herauszugeben und bezüglich der übrigen Dos einen Abzug von den Früchten zu erleiden hatte, der dem in jenem Falle ihn treffenden Verlust des Interusurium entsprach [42]). Und daß sie auch Cicero vor Augen hatte, wird wahrscheinlich durch die Vergleichung von Cic. ad Att. XIII. 34. 47. XIV. 19. XVI. 2. 6. 15. Daß sie aber durch eine Lex eingeführt worden, ist nicht nur an sich wahrscheinlich, sondern wird auch durch L. 17. D. de pact. dotal. bestätigt. Niebuhr hat nun die Vermuthung aufgestellt, daß der obigen Strafbestimmung die Rücksicht auf das unciarium foenus als gesetzlichen Zinsfuß zum Grunde liege, und benutzt sie als ein Argument für seine Behauptung, daß unter unciarium foenus $1/12$ des Kapitals jährlich zu verstehen sei [43]), und in der That unterstützt sie diese Behauptung, indem man von der Voraussetzung ausgehen darf, daß die Strafe des Mannes der Strafe der Frau gleichkommen sollte [44]). Niebuhr hat nun ferner vermuthet, daß als Zinsjahr früher das zehnmonatliche Jahr angenommen worden sei, wornach sich dann das unciarium foenus für das zwölfmonatliche Jahr auf 10 Procent berechnen würde. Und beide Vermuthungen haben von vielen Seiten Zustimmung erhalten [45]). Darnach wäre denn

---

[42]) Ulp. fragm. §. 13. Mariti mores puniuntur in ea quidem dote, quae ad diem reddi debet, ita (ut) propter maiores mores praesentem dotem reddat, propter minores senum mensium die. In ea autem, quae praesens reddi solet, tantum ex fructibus iubetur reddere, quantum in illa dote, quae triennio redditur, repraesentio (daß so das handschriftliche repensatio zu emendiren ist, bezweifle ich nicht) facit. Daß diese Strafbestimmung der Lex Julia et Pap. Popp. angehörte, schließt man mit Recht aus L. 8. D. de captiv. 49. 15. (Paul. lib. III. ad legem Juliam et Papiam) „mulier . . . . poenis discidii tenebitur". Vgl. Demelius, legum fragmenta pag. 54. Heinecc. ad leg. Jul. et P. P. pag. 246. — Darüber, daß unter senum mensium dies nicht mehrere halbjährige Termine zu verstehen seien, sondern ein Termin von 6 Monaten nach der Scheidung, vgl. Schrader in Hugo's civ. Mag. V. S. 180 fg.

[43]) Römische Geschichte, 1. Aufl. II. S. 431 fg.

[44]) Die Einbuße am Interusurium belief sich, wenn er die ganze Dos sofort entrichten mußte, auf $1/12$ für das erste Jahr, $2/36$ für das zweite, $1/36$ für das dritte, also $1/12 + 2/36 + 1/36 = 1/6$; für den Fall, daß er sie nach 6 Monaten entrichten mußte, auf $1/6 - 1/24 = 3/24 = 1/8$. So stellt sich die Berechnung leichter und einfacher, als die von Schrader a. a. O. angestellte.

[45]) Vgl. Rein, das Privatrecht und der Civilprozeß der Römer, S. 631 fg.

ferner auch die Fristbestimmung für die Restitution der Dos „annua, bima, trima die“ ursprünglich mit Rücksicht auf das zehnmonatliche Jahr zu erklären als Festsetzung von drei Zahlungsterminen zu je 10 Monaten. Nun findet sich in Uebereinstimmung damit eine gleiche Fristbestimmung auch in Ansehung der Auszahlung einer constituirten Dos angenommen, eine Frist nehmlich von drei Jahresterminen, die aber als zehnmonatliche aufgefaßt sind. Sie wurde a. u. 592 in einem Falle, wo die Dos vermacht war, als gesetzliche Fristbestimmung in Betracht gezogen (vgl. oben §. 1 unter e); daß sie aber ebenso auch für die Auszahlung der versprochenen Dos galt, ist wiederum nicht nur an sich wahrscheinlich, sondern wird auch in Beziehung auf einen Fall späterer Zeit, die Ausstattung von Cicero's Tochter Tullia, einleuchtend bestätigt durch die Vergleichung von Cic. ad Att. XI. 2. 3. 4. 23. 25. XVI. 15 [46]).

Daß nun diese beiden einander entsprechenden Fristbestimmungen für Restitution und Numeration der Dos in einem und demselben Gesetze, also in einer Lex de dote, die vor a. u. 592 ergangen war, ihre Quelle gehabt haben, das ist kaum zu bezweifeln.

§. 8.

Mit den Bestimmungen über die Dos bringt Voigt noch eine andere Bestimmung in Verbindung, die er ebenfalls der Lex Maenia zuschreibt, die Scheidungsbefugnis betreffend. Davon handelt er in §. 16. S. 69—78. Nach altem Recht konnte ohne Zweifel so wenig der Sohn als die Tochter, wenn sie noch in der väterlichen Gewalt standen, ohne oder gegen den Willen des Vaters sich scheiden; nur der letzte hatte die Befugnis dazu, die erst in der Kaiserzeit einigermaßen beschränkt worden ist (vgl. oben Anm. 11). Nun wird aber „allerdings erst in sehr später Quelle“, nehmlich in zwei Gesetzen Justinian's [47]), bekundet, „daß

---

[46]) Im späteren Rechte finden wir die Numerationsfrist nicht mehr. Justinian stellte darüber eine ganz abweichende Vorschrift auf in L. 31. §. 2. Cod. de iure dot. 5. 12.

[47]) L. 12. Cod. de repud. 5. 17. Nov. 22. cap. 19. Die erste ist bis jetzt nur im Auszug, als lex restituta nach den Basilic. XXVIII. 7. 20 und nach dem, was die Nov. 22. l. c. als deren Inhalt mittheilt, bekannt. Doch ist es nicht genau, wenn Voigt diesen Auszug als „allein überlieferten“ bezeichnet, es müßte denn unrichtig sein, was Biener in der Re-

auch dem Filius- wie der Filiafamilias selbst wider den Willen ihrer resp. Väter die Scheidung gestattet war" (Voigt S. 69. 70), indem Justinian dort denselben diese Befugnis abspricht. Obwohl nun Voigt in den Rechtsquellen älterer Zeit keine Zeugnisse für dieses Recht entdeckt hat, ja, was die Scheidungsbefugnis der filiafamilias betrifft, sogar ein Argument gegen dieselbe in einer Stelle von Ulpian[48]) erkennt, so glaubt er dennoch die Scheidungsbefugnis des Filiusfamilias der Rechtsordnung einer viel älteren Zeit vindiciren und schon der Lex Maenia beilegen zu dürfen. Zum Belege dafür dient ihm des Terentius Comödie Hecyra, worin der Sohn trotz dem Widerstreben des Vaters dabei verharrt, von seiner Frau Philumena sich zu scheiden, der Vater ihm nicht befiehlt, sondern nur ihn bittet und zu überreden sucht, die Frau wieder zu sich zu nehmen, auch der Schwiegervater die Scheidung nur von dem Willen des Sohnes abhängig macht, indem er sagt III. 5, v. 51. 52.

Si est, ut velit reducere uxorem: licet.
Sin alio est animo, renumeret dotem huc, eat.

Und damit bringt dann Voigt das fragm. 1 und 4 aus Varro's Satyra in Verbindung (vgl. oben §. 1. Anm. 1).

Man kann nun freilich nicht sagen, daß dadurch mehr als einige Wahrscheinlichkeit für die Annahme Voigt's gewonnen werde. Denn das Verhalten des Sohnes in dem Lustspiele kann doch auch sehr wohl so erklärt werden, daß er sich eben nur widerspenstig gegen den Willen des Vaters auflehnte, ohne daraus folgern zu müssen, daß er gegen den Willen des standhaften Vaters die Scheidung juristisch gültig hätte durchsetzen können, und die angeführten Fragmente des Varro können nur vermöge einer allerdings scharfsinnigen Combination dahin bezogen werden, sind aber an sich verschiedener Deutung empfänglich. Eine gewisse Wahrscheinlichkeit ist aber immerhin zuzugeben. Diese Wahrscheinlichkeit würde noch erhöht, wenn wir aus Nov. 22. cap. 19

vision des Just. Codex zu L. 12. cit. bemerkt: der ächte Text habe sich in den Veroneser Fragmenten erhalten. Vgl. auch Herrmann's Ausgabe des Codex zu L. 12. cit. Anm. a. „genuina extat in plmps. Vatic., nondum autem in publicam utilitatem ex scriniis doctorum edita", wo aber statt Vatic. stehen sollte Veron.

48) L. 5. D. de divort. 24. 2. (Ulp. lib. XXXIV. ad edictum).

a. E. herauslesen dürften, daß schon Marcus Aurelius die Scheidungsbefugnis des Filiusfamilias und auch der Filiafamilias anerkannt, zugleich aber gegen Misbrauch derselben zum Nachtheil des Vaters irgendwelche Vorsorge getroffen habe. Dort sagt nehmlich Justinian, nachdem unmittelbar vorher bemerkt ist, wie es unangemessen sei, daß, während der Vater ohne Zustimmung des Sohnes dessen Ehe nicht lösen könne, doch aber dem Sohne, selbst dem minderjährigen, die Möglichkeit zugestanden sei, ohne den Willen des Vaters sich zu scheiden:

> *Τοῦτο δὲ εὖ μὲν ἀρξάμενος ὁ φιλοσοφώτατος ἐθέσπισε Μάρκος, Διοκλητιανὸς δὲ τούτῳ κατηκολούθησεν, ἡμεῖς δὲ ὁμοίως ἀπεδεξάμεθα.*

Diese Bemerkung bezieht sich ohne Zweifel auf L. 5. Cod. de repud. 5. 17, ein Rescript von Diokletianus und Maximianus, welches wieder auf eine Constitution des M. Aurelius („divus Marcus, pater noster, religiosissimus imperator constituit".) Bezug nimmt. Das Rescript aber sagt zuerst: cum marito concordante uxore filiafamilias, ratam non haberi voluntate dissentientis patris, nisi magna et iusta causa interveniente, und setzt dann hinzu: Invitam autem ad maritum redire nulla iuris praecipit constitutio. Dies kann verstanden werden: der Mann könne nicht die Frau reclamiren, wenn diese mit dem Vater einverstanden nicht zu jenem zurückkehren wolle, oder auch: der Vater könne, nachdem er einmal die Scheidung unter Zustimmung der Tochter erklärt, nicht hinterher die Scheidung wieder rückgängig machen und die Tochter gegen ihren Willen zur Fortsetzung der Ehe anhalten; in dem letzten Sinn ist die Stelle in den Basiliken (XXVIII. 7. c. 19) mit einer absichtlichen Aenderung aufgenommen. Allein es könnte jener Satz auch etwa dahin verstanden werden, daß überhaupt der Vater die Tochter nicht zur Fortsetzung der Ehe zwingen könne, und dann läge darin eine Anerkennung der Scheidungsbefugnis der Tochter, also noch vielmehr des Sohnes. Aber dann müßte man voraussetzen, daß Marcus noch eine Bestimmung aufgestellt habe, welche einer Beeinträchtigung der Rechte des Vaters in Ansehung der Dos entgegentrat. Denn, wenn nach L. 5. D. de divortiis selbst die Scheidung von Seiten der emancipirten Tochter nicht zur Vereitelung des Rechts des Vaters an der dos pro-

fectitia dienen sollte[49]), so konnte noch viel weniger zugelassen werden, daß die Scheidung der Filiafamilias ohne Zustimmung des Vaters das eventuelle Recht des letzten in Ansehung der Dos alterire, so wie im umgekehrten Falle, wenn der Vater das Repudium geschickt hatte, die Tochter aber die Ehe fortsetzen wollte, jener noch kein Recht an der Dos geltend machen konnte, als ob die Ehe wirklich aufgelöst wäre[50]). Dies angenommen würde die

---

[49]) Si filia emancipata diverterat, ut maritum lucro dotis affiliat, patrem fraudet, qui profectitiam dotem potuit petere, si constante matrimonio decessisset . . . patri succurrendum est. Man möchte fragen: wie konnte die Scheidung dazu dienen, ut maritum lucro dotis afficiat? er mußte sie ja, nur allenfalls mit einer Retentio, herausgeben. Es war möglich mittelbar dadurch, daß die geschiedene Frau die (nicht vererbliche) Dotalklage anzustellen unterließ, oder ihre Forderung geradezu erließ oder die Dos dem Manne vermachte, welches letzte aber nach damaligem Recht nur Sinn hatte, wenn sie entweder die Dos schon zurückerhalten oder wenigstens den Mann schon in moram versetzt hatte.

[50]) Fragm. Vat. §. 116. Diese nur lückenhaft lesbare Stelle aus den Responsa des Paulus lautet mit den Ergänzungen nach Mommsen's Ausgabe folgendermaßen: Pater invita filia repudium genero misit, quaero an solus profectam ex bonis paternis dotem petere possit. Paulus respondit matrimonium quidem repudio a patre misso solutum videri, sed patri filiam invitam a marito abducere per praetorem non liciturum neque eum dotem repetere posse nisi filia consentiente. Treffender scheint mir die Ergänzung von Huschke, iurisprud. anteiust. p. 640. Jure potestatis pater invita filia repudium genero misit. Quaero, an idem iure stipulationis dotem petere possit? Paulus respondit, matrimonium quidem repudio quoad socerum solutum videri; sed patri filiam invitam a marito abducere non licere, nec dotem repetere posse nisi filia consentiente. Unwahrscheinlich ist es, daß die Frage war, ob in jenem Falle der Vater die actio rei uxoriae wegen der profectitia dos allein ohne Zustimmung der Tochter anstellen könne? Wenn er das bei vollständiger Scheidung nicht konnte, wie sollte man auf den Gedanken kommen, daß er gerade in diesem Falle dazu berechtigt sei? Dagegen, wenn der Vater die Rückgabe der Dos überhaupt oder etwa speciell für den Fall der Scheidung stipulirt hatte, so konnte man allenfalls raisoniren, durch das repudium a patre missum sei für den Vater die Ehe als geschieden anzusehen und daher dessen actio ex stipulatu, die an die Zustimmung der Tochter nicht gebunden war, begründet, obwohl die Tochter den Mann nicht verlassen wollte. Aber wenn dem Vater das abducere filiam a marito verwehrt war, so hieß das nicht, daß die Tochter als Concubine bei ihrem Manne bleiben könne; das bene concordans matrimonium sollte gegen den Willen des Vaters fortdauern; so wollte es Divus Pius. Daher war es ganz

Hinweisung der Nov. 22 auf Marcus Aurelius in obigem Zusammenhange passender erscheinen. Indessen darf man es mit solchen gelegentlich eingestreuten Reminiscenzen in Justinian's Gesetzen nicht zu genau nehmen und nicht zu viel Gewicht darauf legen.

Uebrigens darf ich nicht unterlassen, auf die interessante Erörterung über das vierte Varronische Fragment, das mit den Worten: ad biviram venio anfängt, aufmerksam zu machen. Voigt S. 73 fg. sieht in dieser bivira die Schwiegertochter, die scherzweise so genannt werde, weil sie gleichsam zwei Männer habe, den Mann und dessen Vater, die beide Gewalt über sie hatten, seitdem der Sohn auch ohne Zustimmung des Vaters sich scheiden konnte. Und damit bringt Voigt, S. 74 fg. die Erscheinung in Verbindung, daß Gaius und Ulpian die Schwiegertochter als in manu filiifamilias befindlich bezeichnen[51]), während Gellius (XVIII. 6.) nach älteren Sprachforschern berichtet: matrem familias appellatam esse eam solam, quae in mariti manu mancipioque aut in eius, in cuius maritus, manu mancipioque esset, also die Schwiegertochter als in manu des Schwiegervaters befindlich bezeichnet, wie denn auch fest steht, daß sie in vermögensrechtlicher Beziehung diesem allein als neptisfamilias unterworfen war. Meinen philologischen Kenntnissen mißtrauend enthalte ich mich jedoch, über diesen Punkt ein bestimmtes Urtheil zu fällen. Dagegen muß ich mir

§. 9

noch einige Bemerkungen erlauben in Betreff desjenigen, was Voigt in §. 17 S. 78—80 über die Zuständigkeit der actio rei uxoriae nach der Lex Maenia vorträgt. Mit Recht hebt er hier als besonders bemerkenswerth hervor, daß, wenn die Frau bei Auflösung der Ehe noch in der väterlichen Gewalt stand, die actio rei uxoriae zwar zunächst dem Vater erworben wurde, dieser aber bei der Klagerhebung wie beim Zahlungsempfang an den Beitritt und die Genehmigung der Tochter gebunden war. Mit Recht schließt er aus L. 66. §. 3. D. soluto matr. 24. 3,

---

angemessen, daß der Vater selbst die stipulirte Dos noch nicht zurückfordern konnte, so lange die Tochter nicht einwilligte.

[51]) Gai. I. 148. II. 159. III. 3. 41. Ulp. XXII. 14. Stemma agnationum: lege quemadmodum haereditates redeant, in Huschke's iurisprud. anteiust. p. 513. 599.

daß dieser für die Kaiserzeit vielfach beglaubigte Rechtsatz schon der Republik angehört. Javolenus berichtet hier:

> Filiafamilias divortio factio dotem patri reddi iusserat, deinde parte dotis persoluta pater decesserat: reliquam partem, si (nec)[52]) delegata nec promissa novandi animo patri fuisset, mulieri solvi debere Labeo, Trebatius putant; idque verum est.

Demnach hat schon Trebatius, welcher, bereits ein angesehener Jurist, als Cicero seine Topik schrieb, schwerlich die Annahme der Lex Julia et Pap. Popp. noch erlebt hat, jenen Rechtsatz gekannt. Dieser ist aber so eigenthümlicher Art, so abweichend von dem regelmäßigen Recht der väterlichen Gewalt, daß man denselben nicht wohl aus einer anderen Quelle, als aus einem positiven Gesetze herleiten kann, und so läßt auch dieser Rechtsatz auf eine alte Lex de dote schließen.

Zu demselben Schlusse würde auch schon allein die Unvererblichkeit der actio rei uxoriae berechtigen, wenn diese auch im Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes (§. 5 Nr. 1) nicht auf die Erben der Frau überging. In diesem Punkte weicht aber Voigt S. 80. Anm. 120 von der herrschenden Meinung ab. Er behauptet, die der gewaltfreien Frau in Folge des Todes des Mannes erworbene Dotalklage sei ohne weiteres vererblich gewesen; nur im Fall der Scheidung habe die Regel gegolten, daß die Klage auf die Erben nicht übergehe, wenn nicht der Mann schon in Vorzug versetzt worden, und dies erkläre sich als Produkt der Rechtswissenschaft aus dem Gesichtspunkte, daß die Klage als eine sog. actio vindictam spirans betrachtet werden konnte, verwandt der iniuriarum actio. Auch ich wüßte keine Stelle anzuführen, worin die Unvererblichkeit der Klage, außer im Falle der Scheidung, geradezu anerkannt wäre; fast alle beziehen sich vielmehr auf diesen, indem sie den Mann selbst, nicht erst dessen Erben, als Beklagten voraussetzen. Gleichwohl bin ich nach L. un. §. 4. Cod. de rei uxor. act. 5. 13 geneigt, in dieser Beziehung einen durchgreifenden Unterschied zwischen der actio rei uxoriae und der actio ex stipulatu anzunehmen, den erst Justinian beseitigt hat, indem er die Dotalklage allgemein für schlechthin vererblich erklärte. Wenn Vater

---

[52]) Dieses nec fehlt in der Vulgata und bei Haloander.

und Tochter die Auflösung der Ehe überlebten, so konnte die letzte die Einforderung der Dos von Seiten des Vaters hindern, und wenn dann der Vater starb, so stand diese mit Ausschließung der Erben des Vaters ihr allein zu. In diesem Falle war also das Rückforderungsrecht des Vaters nur an dessen Person gebunden, kein Bestandtheil seines Erbvermögens. Es scheint angemessen, dasselbe auch dann anzunehmen, wenn der Vater allein die Auflösung der Ehe überlebt hatte, in Ansehung der ihm dann zustehenden Rückforderung der dos profectitia, worauf auch L. un. §. 14. Cod. 1 c. schließen läßt, und so weiter auch dann, wenn die Frau allein als femina sui iuris die Auflösung der Ehe, sei es durch Scheidung oder durch den Tod des Mannes, überlebt hatte, bezüglich der alsdann dieser allein zustehenden actio rei uxoriae. Es war überall nur die Möglichkeit gegeben, die Dos aus dem Vermögen des Mannes wieder herauszuziehen; aber der oder die Berechtigte mußte selbst schon Anstalt dazu getroffen haben, damit auch die Erben das Recht noch geltend machen konnten; widrigenfalls bewährte sich noch der alte Satz: dotis causa perpetua est.

Hiermit schließe ich meine Bemerkungen, nicht ohne mich dem Verfasser der Eingangs erwähnten Festschrift zu Dank verpflichtet zu bekennen für die Belehrung, die ich aus deren Studium geschöpft habe, wenn gleich ich in einigen nicht unerheblichen Punkten seinen Ansichten nicht beipflichte.

Die Turiner Institutionenglosse.

Von

Paul Krüger.

Wenn ich mit einem neuen Abdruck der alten Randglossen in der Turiner Institutionenhandschrift hervortrete, so lag der Anlaß dazu nicht sowohl in der Zahl der von andern und mir gefundenen Nachträge zu der früheren Ausgabe oder der Be-

deutung des vollständigeren kritischen Apparats, als darin, daß die Unterscheidung derselben von den jüngeren in derselben Handschrift enthaltenen Glossen dem früheren Herausgeber nicht im vollen Maße geglückt zu sein scheint. Wie wichtig aber gerade dieser Punct ist, wie er die Grundlage für Beurtheilung des Werths und Alters derselben bilden muß, wird jedem einleuchten. Ja, daß Savigny schon darin einen Fehler begangen hat, daß er die als jünger erkannten Glossen ungetrennt von den älteren drucken ließ und sie nur durch ein wenig in die Augen fallendes Zeichen von letztern unterschied, dafür liegt wohl ein sprechender Beweis darin, daß er selbst dadurch irre geleitet worden[1]). Ich habe vor 2 Jahren, als mir die Institutionenhandschrift durch Vermittlung der betreffenden Behörden zugestellt worden, den Versuch gemacht den Umfang der alten Glosse genauer festzustellen; die folgenden Bemerkungen mögen dazu dienen mein Verfahren zu rechtfertigen.

Die Turiner Institutionenhandschrift D. III 13 (früher H. IV 4, im gedruckten Cataloge n. 372) ist mit Ausnahme eines zwischen Blatt 1 und 10 eingeschobenen Quaternio und des letzten Blattes im zehnten Jahrhundert geschrieben, und zwar von zwei Schreibern; der zweite beginnt 3, 23, 3 i. f. nondum emptori und unterscheidet sich von dem erstern durch kleinere Schrift und überwiegenden Gebrauch von Abkürzungen. Sie enthält nicht die vollständigen Institutionen; fast die Hälfte derselben ist verloren gegangen und das erhaltene ist vom Anfang des dritten Buchs an mit Ausnahme weniger Seiten durch eine Hand des 14. Jahrhunderts nachgezogen, ohne daß jedoch dabei überall der alte Text festgehalten worden; vielmehr sind bei dieser Restitution die meisten Emendationen und Ergänzungen zweiter Hand in den Text aufgenommen worden. Von da an, wo der zweite Schreiber eintritt, ist durch das Ueberziehen ein Erkennen des ursprünglichen Textes in der Regel nicht mehr möglich[2]).

[1]) So hinsichtlich der n. 71. 418 in der Rechtsgeschichte II. S. 202 (2. Aufl.). Dasselbe ist durch eine fast unbegreifliche Sorglosigkeit Dirksen in seiner Abhandlung über unsere Glosse (Verhandl. der Berliner Academie 1848) bei einer Anzahl Glossen begegnet, von denen einige Hauptstützpuncte seiner Beweisführung sind, nämlich: n. 126 (Note 80) 171 (N. 83) 178 (N. 124) 180 (N. 81) 244 (N. 88) 260 (N. 90) 281 (N. 81. 124) 343 (N. 86) 345 (N. 89) 418 (N. 88) 421 (N. 124).

[2]) Schrader giebt überall nur die Lesart der zweiten Hand.

Das letzte Blatt der Handschrift ist rescribirt; die alte Schrift gehört dem 10. Jahrhundert an und scheint homiletischen Inhalts zu sein; darüber ist von einer Hand des 14. Jahrhunderts die Fortsetzung zu den Institutionen geschrieben. Der hinter fol. 1 eingelegte Quaternio aus dem 12. oder 13. Jahrhundert, welcher den Anfang der Institutionen bis 1, 18 fin. enthält, ist aus einer andern Institutionenhandschrift genommen und nicht erst zur Ergänzung unserer Handschrift geschrieben; um ihn dazu brauchbar zu machen, mußte eine Hand des 15. Jahrhunderts den Schluß des 18. und Anfang des 19. Titels ergänzen. Diese beiden Stücke berühren uns nicht; der ältere Theil der Handschrift scheint noch im 14. Jahrhundert vollständig gewesen zu sein, wie die aus dieser Zeit stammenden Signaturen ergeben. Aus diesen können wir schließen, daß uns zu Anfang zwei Quaternionen verloren gegangen sind; vom dritten fehlt Blatt 1. 3. 4, vom vierten Blatt 2, vom sechsten Blatt 3. 8, vom achten das zweite Doppelblatt (Blatt 2. 7), vom fünfzehnten Blatt 2; der neunte Quaternio ist ganz verloren. Der Inhalt des erhaltenen ist folgender. Auf dem ersten Blatt, welches jetzt zum Schmutzblatt der Handschrift benutzt ist, begann der 13. Titel des ersten Buchs; doch ist auf der ersten Seite dieses Blatts der Text abgekratzt, so daß nur noch die den Titel anfangende Initiale zu erkennen ist. Die Rückseite enthält 1, 13, 3 *fin.* te in patris sui . . . 14, 3 posse dari. Auf Blatt 10—14 steht 1, 19 *med.* post obitum eius . . . 25, 13 se potest excusare, auf Blatt 15—30: 1, 26, 3 *in.* endum est quasi publicam . . . 2, 7, 3 *med.* ante nuptias appellabatur, auf Blatt 31: 2, 8 *pr. med.* lex in soli . . 2 *fin.* et adhuc eandem summam, auf Blatt 32—34. 37—45: 2, 9, 2 *med.* quod sui iuris effectus . . . 16, 1 et hoc ad exemplum pupillaris sub, auf Bl. 46—49: 2, 16, 8 usque ad duodecim . . . 19, 6 sed hoc divus quidem, auf Blatt 50: 2, 20, 2 *fin.* cuius constitutionis . . 7 sive coniunctim sive disiunctim, auf Blatt 51—69. 35. 36. 70—89: 2, 23, 5 *med.* singulis quoque rebus . . . 3, 24, 5 conductor omnia secundum, auf Blatt 90—95: 3, 25, 9 praeualuit tamen . . . 4, 1, 16 *med.* aduersus furem furti actionem.

Am Rande dieser Handschrift stehen Glossen aus verschiedener Zeit; unter denjenigen, die sich je auf eine Hand zurück-

führen lassen, zeichnet sich unsere Glosse, die sich über die ganzen Institutionen erstreckt, durch die Schriftzüge, zum Theil auch durch eigenthümliche Abkürzungen aus. Die von Savigny und Schrader aufgestellte Behauptung, daß sie von dem Schreiber der Handschrift selbst beigesetzt sei, ist augenscheinlich irrig; nicht nur ist die Schrift eine durchaus verschiedene, wie man schon aus dem Probeblatt in Schrader's Prodomus sehen kann; auch nachdem der Schreiber der Handschrift gewechselt hat, bleibt die Hand des Glossators dieselbe[3]). Dagegen ist es unzweifelhaft, daß die Glosse nicht von einem Juristen herrührt, der beim Gebrauch der Handschrift seine Bemerkungen zugesetzt hat; vielmehr ist sie gedankenlose Copie einer vorhandenen Arbeit. Am besten wird dies durch verkehrte Wortabtheilung bewiesen, wie z. B. in n. 76 für terrae motu — ter remotu, in n. 242 für remedio — re medio geschrieben ist. Auch ist es klar, daß der Abschreiber so zu Werke gegangen ist, daß er erst die Glossen an den Rand schrieb und dann im Text die Stelle aufsuchte, wohin sie nach seinem Archetypon gehörten, um das auf die Glosse verweisende Zeichen über die Zeile zu setzen. So erklärt sich die falsche Beziehung einzelner Glossen (n. 10. 28. 29. 191), welche freilich theilweise schon in der Vorlage gewesen sein mag, insbesondere aber die Erscheinung, daß die Glosse bisweilen auf einer andern Seite als das betreffende Textwort steht. Einmal (n. 465) kommt auch vor, daß dieselbe Glosse zweimal zu verschiedenen Textworten gesetzt ist. Wir können aber noch weiter gehen und behaupten, daß diese Glosse nicht bloß in dem Archetypon unseres Abschreibers, sondern in noch anderen Exemplaren verbreitet gewesen. Das beweist einmal die von erster Hand zu n. 181 beigeschriebene Variante, die mit al' (alias) eingeführt wird; andererseits zeigen dies auch die Zusätze zweiter Hand, sowohl die Variantenangabe (n. 294), als die Ergänzungen, unter denen n. 194 wohl nicht zufällig ein homoeoteleuton enthält. In andern Stellen ist es freilich unverkennbar, daß diese zweite Hand

[3]) Ein Argument, worauf sich Schrader in der Tübinger kritischen Zeitschrift I, 2 S. 121 stützt, daß nämlich am Schluß von 1, 24 die Glosse 41 ursprünglich im Text stand, fällt damit, daß schon Savigny diese Glosse unter die jüngeren verwiesen hat; und daß letzteres unzweifelhaft ist, kann ich nur bestätigen.

nur nach dem Sinne emendirt oder selbständige Zusätze gemacht hat[4]).

Was nun die Unterscheidung dieser Glosse von den jüngern betrifft, so bietet die Hand des Schreibers ein sicheres Unterscheidungszeichen; nur bei wenigen Glossen, die ich um eines anderen Grundes willen nicht zur alten Glosse rechnen möchte, ist die Schrift von der der letztern nicht mit Sicherheit zu unterscheiden. Diese Glossen mochte ich deshalb nicht ganz weglassen, sie sind aber durch vorgesetzte Sterne kenntlich gemacht[5]). Mein Bedenken gegen ihre Zugehörigkeit znr alten Glosse liegt in folgendem.

Mit wenigen Ausnahmen[6]) fehlt diesen Glossen das auf den Text verweisende Zeichen, und während die alte Glosse ohne Berücksichtigung der Stellung des Textwortes abgeschrieben ist, so daß sie nur zufällig einmal bei demselben steht, sind die fraglichen Glossen stets genau neben die betreffende Zeile gesetzt. So kam es, daß n. 138, welche vor 139 gehört, in der Handschrift hinter derselben steht. Entscheidender noch ist folgendes Merkmal. Von fol. 28 an hat der Schreiber den Glossen als Zeichen die Buchstaben nach alphabetischer Reihenfolge beigesetzt[7]); es finden sich nur wenige Unterbrechungen derselben. Dies mag man aus folgender Tabelle ersehen.

118—125 = a—h[8]); 127—137 = l—r[9]); 139—141 = x—z[10]); 142—168 = a—z; 169—190 = a—q; 191. 193 = r[11]); 194—197 = s—x[12]); 201—208 = b—h[13]); 210. 211

[4]) 82. 136. 267. 294. 382.

[5]) Es sind dies die Glossen 138. 250. 251. 252. 253. 254. 257. 258. 261. 263. 264. 273. 334. 337. 338. 391. 407. 410. 430. 439. 455. 456 463. 469. 470 a.

[6]) Ein Zeichen steht bei n. 138. 250. 253, vielleicht auch noch bei n. 261. 273, was ich aus meinen Notizen nicht mehr ersehen kann.

[7]) Schon auf fol. 26. 27 hat er einzelne Buchstaben zu obigem Zweck benutzt.

[8]) Daß i. k bei den folgenden unlesbaren Glossen gestanden haben, ist noch zu erkennen.

[9]) Hier fehlt ein Blatt.

[10]) Ein Blatt ist verloren.

[11]) Beide Glossen hat der Schreiber aus Versehen auf dasselbe Textwort bezogen.

[12]) Ein Blatt ist verloren.

[13]) 209 hat ein anderes Zeichen, scheint aber nur vom Schreiber anfänglich übersehen zu sein.

= i.k.; 212 = r[14]); 215 = y; 216—224 = a—i[15]); 225. 226 = y.z; 227—268 = a—z; 269—272 = a—d; 275 = d; 276. 277 = e.f[16]); 280—301 = g—z[17]); 303—331 = a—z; 332—393 = a—z; 394—416 = a—o[18]); 417—429 = q—y[19]); 431—447 = a—o; 454—465 = a—g[20]); 467—480 = i—z.

Die Abweichungen von der alphabetischen Reihenfolge bestehen also nur darin, daß der Schreiber dreimal eine Glosse anfänglich übersprungen hatte, einmal einen Buchstaben doppelt gesetzt, einmal einen ausgelassen hat, daß er endlich einmal für 4 Glossen die Reihenfolge aufgegeben hat und dann erst wieder mit a anfing. Nur die ersten beiden Fehler könnten für die obigen Glossen, soweit dieselben ein Zeichen haben, die entscheidende Beweiskraft unserer Reihenfolge zweifelhaft machen; es kommt aber auch bei ihnen noch das obige Merkmal hinzu, daß sie gerade neben das fragliche Textwort gestellt sind, um einen jeden Gedanken an Zufall auszuschließen.

Der Nutzen der gefundenen Reihenfolge beschränkt sich aber nicht bloß auf die Beweiskraft gegen Zugehörigigkeit der nicht in dieselbe aufgenommenen Glossen zu der alten Glosse; wir können auch daraus mit fast völliger Gewißheit die Zahl der Glossen, die auf den verlorenen Blättern gestanden haben, berechnen, wie dies in der Ausgabe an den betreffenden Stellen geschehen ist. Nur für den verlornen Quaternio bleibt es fraglich, ob nur die Glossen k bis x, also 12, verloren sind, oder ob nicht vielmehr nach Vollendung der ersten Reihenfolge k bis z noch eine neue auf demselben begonnen hatte.

Für die jüngeren Glossen, die sämmtlich aus dem 11. oder 12. Jahrhundert stammen, soweit sie bei Savigny abgedruckt stehen, lassen sich ziemlich sicher 8 Hände unterscheiden, auf welche sich die einzelnen Glossen folgendermaßen vertheilen:

a: 182. 198. 199. 200. 206. 209. 311. 333.

---

[14]) 213. 214 haben andere Zeichen.

[15]) Es fehlt quat. IX.

[16]) 278 hat ein anderes Zeichen, ist aber augenscheinlich nur vom Schreiber bei der Eintragung der Zeichen zuerst übergangen worden.

[17]) 302 hat ein anderes Zeichen.

[18]) p hat der Schreiber vergessen.

[19]) Ein Blatt ist verloren

[20]) 465 steht doppelt und hat erst f, dann g als Zeichen.

b: 33. 37. 41? 91. 311. 326. 349. 352. 353. 371. 409. 450. 451. 453.
c: 156. 159. 162. 171. 174. 176. 178. 180.
d: 233. 234. 240.
e: 68. 71. 83? 84. 85? 228.
f: 14. 20. 27. 59. 60. 73. 74. 86. 87. 96. 107. 110. 126. 128. 131. 143. 255. 256. 351. 357. 358. 364. 365. 368. 369. 373. 376. 380. 381. 384. 385. 387. 389. 392. 403. 405. 408. 421. 435. 459. 460. 464? 471. 478.
g: 244. 260. 262. 274. 283. 287. 293. 295. 304.
h: 341. 343. 345. 350. 397. 413. 418. 425. 448.

Die Hände der übrigen Glossen, etwa 6, stehen ganz vereinzelt. Die Hand a mag wohl die älteste sein; von ihren Glossen sind vier, nämlich 198. 199. 200. 206 aus Isidor orig. 5, 24 abgeschrieben. Wenn Savigny sie zur alten Glosse gerechnet hat, so ist das bei der augenfälligen Verschiedenheit der Hände nur so zu erklären, daß er zur alten Glosse alle mit der Handschrift des Textes etwa gleichzeitige Glossen gerechnet hat; daß aber die Hand a mit dem Schreiber unserer Glosse x gleichzeitig ist, vielleicht also noch in das zehnte Jahrhundert gehört, will ich gern zugeben. In dem nebenstehenden lithographirten Facsimile sind neben einander eine der alten Glossen (n. 11)[21]), eine der zweifelhaften (n. 337), und eine aus Isidor (n. 199) wiedergegeben.

Wenngleich also einige der Glossen ausscheiden, welche bisher für die Bedeutung unserer Arbeit angeführt zu werden pflegten, so bleiben doch alle diejenigen, welche für Alter und Werth derselben entscheidend waren. In der Weise der Behandlung stimmt die Glosse mit den adnotationes der justinianischen Juristen ziemlich überein[22]); ganz unverkennbar ist die Verwandtschaft in der Citirweise nach den partes der Digesten und nach der

---

[21]) Auf die in das Facsimile der Turiner Handschrift im Prodromus von Schrader tab. I aufgenommenen zu der alten Glosse gehörigen Stücke ist oben bereits hingewiesen.

[22]) Auch die Anmerkung, daß im Text eine regula stehe, wird ganz wie in den Pommersfeldner Digestenfragmenten und den Scholien zur Veroneser Codexhandschrift durch das mit Schnörkeln umgebene REG. angedeutet in 81 ^{a}. 188 ^{a}. 202 ^{a}.

Glossen in der Turiner Institutionenhandschrift D III 13.

11.

Juridica apud alexandriam cer-
ta dignitas ē quas priuilegium tan-
tum ē.

337.

N... Qua uia aduersus liber-
tatem non est restitu-
tio . propter regulam que
dicit plus est status quam
restitutio.

199.

Nuncupatio est quam in
tabulis cerisq; testator
recitat dicens. hec ut
in his tabulis cerisq; scripta sunt ita dico
ita lego · itaq; uos quirites te-
stimonium mihi perhibete . et dicitur nuncu-
patio · nuncupare est enim palam nomi-
nare confirmare.

Zahl der Stellen, Titel und Bücher im Codex[23]). Am nächsten steht sie aber der Glosse zu Julians epitome novellarum, welche in den Handschriften am Schlusse hinter einander abgeschrieben ist. Ich finde mit Savigny in der Bezeichnung Justinians als dominus noster eine nicht wohl abweisbare Hinweisung darauf, daß der Verfasser des Werks ein Zeitgenosse Justinians gewesen. Freilich werden wir uns nicht verhehlen dürfen, daß für die einzelnen Glossen ein Zweifel gegen dieses Alter möglich ist; ist unser Werk nur durch Eintragung in Institutionenhandschriften, was doch am nächsten liegt, verbreitet worden, so ist es kaum glaublich, daß nicht aus den jüngeren in diese Handschriften hineingeschriebenen Glossen einzelne von den späteren Abschreibern aufgenommen sein sollten[24]).

Für den Abdruck der Glosse, den ich nun folgen lasse, ist zu bemerken, daß ich die Orthographie der Handschrift nicht befolgt habe und auch in den Noten alle dahin gehörigen Abweichungen weglasse. Die Zahlen der ersten Ausgabe habe ich, um die älteren Citate nicht unbrauchbar zu machen, beibehalten. Von den bei Savigny übergegangenen Glossen habe ich diejenigen nicht aufgenommen, von denen nur einzelne Buchstaben oder Worte zu erkennen waren. Bei denen, welche von Schrader oder Baudi a Vesme gelesen worden, war ich in einer weniger günstigen Lage als jene, da diese Glossen seitdem durch übergestrichene Säuren gelitten haben[25]). In den Noten sind Vorschläge zur Emendation durch ein beigesetztes Fragezeichen von den Varianten der Handschrift unterschieden, hinter denen als Zeichen für die letztere *T* und, wo in der Handschrift corrigirt ist, T^1 für den Text erster Hand, T^2 für einen jüngeren Corrector steht, während

---

[23]) Vgl. n. 1. 113. 276. 277. 278. Ueber die Novellen s. n. 212. 297.

[24]) So könnten z. B. die Variantenangaben zum Text der Institutionen in 396. 472 hineingekommen sein, ebenso der dem Texte ganz fern stehende, der epitome Iliadis entlehnte Hexameter in 431, dessen Ursprung M. Haupt aufgefunden hat.

[25]) Ich habe trotzdem in 53ᵃ 53ᵇ nicht gleich die Schrader'schen Lesungen in den Text genommen, weil einige mit den vorhandenen Lücken der Handschrift nicht recht stimmten. Möglich wäre, daß bei Schrader z. B. in 53ᵃ die Worte nam profanus vel alius so entstanden sind, daß er sich notirt hatte, es sei entweder nam profanus oder nam alius zu lesen, nachher hat er dann geglaubt, beides stände im Text; man müßte aber daraus schließen, daß er mehr gerathen als gelesen hat.

bei Correcturen erster Hand sowohl, als wo zweifelhaft ist, ob der Schreiber oder ein anderer corrigirt hat, T^a für den Text, T^b für die Emendation gesetzt ist. Die nur auf Versehen beruhenden Abweichungen Savigny's anzugeben schien mir zwecklos. Die Puncte im Text oder in den Noten bedeuten ebensoviele unlesbare Buchstaben.

Liber primus.

f. 1[26]). 1[a]. *12, 10 paene*] Bene dixit paene . . . .[27]) quia sunt casus[28]) per quos possit filius patrem[29]) cogere, ut eum emancipet[30]). puta si sit prodigus[31]), vel si nimiam asperitatem in filium agat, aut si ei aliquid relinquatur ut eum emancipet: modis omnibus cogitur.

1[b]. *13, 3*] Et ne dicas, si sui iuris hominibus tutor dari debeat, quare hic dicit patrem[32]) debere filio qui in potestate eius est tutorem dare. sed dicimus, quia non habet locum ea tutela nisi post mortem patris, id est iam sui iuris factus[33]).

f. 1'. 1. *13, 4 compluribus*] Compluribus ideo dixit: in his causis, in quibus ipsi iuvantur, pro iam natis habentur: in his vero, in quibus non iuvantur, non omnimodo. nam ad excusationem tutelae non gerendae trium onera filiorum patri non proficiunt, quia hoc casu ipsi non iuvantur[33 a]), sed pater. hoc libro primo protorum titulo V. dig. lege s.[34])

3. *sui et in pot.*] Bene dixit, ne forte de forte de prohibitis nuptiis aut de fornicatione filios habeat, qui si nascuntur nec sui nec in potestate sua erunt.

4. *14, 1 tacite et lib.*] Nota alium casum, ubi sine datione libertatis servus liber efficitur.

5. *directam*] Directa id est quasi sine controversia ab ipso testatore data, ne eum filius suum libertum facere velit, id est ut ipse eum manumittat. quod quidem facere potest per consilium aut alterius tutoris auctoritate.

f. 10[35]). 6. *19 si perfectae*] Id est maioris XXV annis.

7. *20 pr. maiore parte*] Id est plus medietate, sex vel septem: in urbe enim Romana[35 a]) decem fuerant apud veteres tribuni.

---

[26]) *desunt 17 folia* 1[a b] *om. Sav.* [27]) . . . .] *om. Baudi: fuitne* scias *vel* nota? [28]) *sic Baudi*, . . sus *T* [29]) filius patrem] *Baudi*, fi . . . . em *T* [30]) emancipet] *Baudi*, ... t *T* [31]) prodigus] ipse pater *add.* T^b [32]) patem T^a [33]) facto ? [33 a]) ipse non iuvatur *T* [34]) l. 5 D. de statu hom. (1, 7) [35]) *desunt 2 folia* [35 a]) Roma?

8. *20, 1 existat*] Nota: hereditas non a morte testatoris, sed ab aditione competit.

f. 10'. 10. *20, 3 inquisitione*[36])] In inquisitione etiam hoc requirebatur, si honestus et si idoneus esset aut[37]) si sciret pupillum gubernare: is[38]) ad tutelam vocabatur. quod si haec non habeat, utilis et bonae fidei requiritur.

9. *20, 4 iurisdictionem*] Iurisdictio eorum est haec ut puta a patritiis usque[39]) ad illustres praefectus praetorio[40]) tutores dat: ab illustribus usque ad inferiores praetor: in provinciis autem praesides ex inquisitione quam superius diximus tutores dant. sciendum est autem, quia et patricii[41]) dare possunt tutores in provinciis, quia in novellis dicitur[41a]): praesides vicem imperatoris optinent.

11. *20, 5 iuridicum*] Iuridicia apud Alexandriam certa dignitas est, qui etiam[42]) privilegiis utuntur.

12. *cautela*] Id est rem salvam pupillo fore, per tabellionem vel officium. sed et cautionem per constitutionem domini nostri[43]) coguntur emittere.

f. 11. 13. *20, 7 iudicio*] Nota, quia iudicium solent legislatores pro actione ponere.

15. *21 pr. deteriorem vero*] Quantum ad suptilitatem pertinet. ceterum nec cum tutoris auctoritate pupillus rem deteriorare potest. pupillorum tres sunt aetates: infans, proximus infantiae, proximus adulescentiae. infans est qui loqui nescit nec intellegit loquentem; proximus infantiae est qui aliquatenus intellegit; proximus adulescentiae est qui intellegit et intellegi potest. is etiam pro suis maleficiis tenetur[44]).

16. *depositis*] Depositum hic per transitum dixit: nam non statim in id ex utroque latere obligationes nascuntur, sicut in ceteris contractibus, sed ex accedentibus solent mutuae obligationes in deposito nasci.

17. *21, 1 hereditatem adire*] Bene dixit adire, ut extraneos intellegamus; nam suos admiscere se dicimus. caute autem hoc posuit nam sui heredes etiam sine tutoris auctoritate se miscent.

18. *lucrosa*] Quaestio est: si dixit licere ei sine tutore meliorem suam condicionem facere, cur lucrosam hereditatem non adquirit? sed dicimus, quia in his casibus eum dixit meliorem facere condicionem suam, ubi ipse sibi obligat; in hereditatem vero ipso iure heres et obligat et obligatur,

---

[36]) *n. 10 ad 20, 4 voc.* inquisitione *refert T; em. Schrader* [37]) et *(Schrader)?* [38]) si T^1: *fuitne* sic? [39]) usque *bis* T^a? [40]) *scr.* urbi *(Schrader)* [41]) patriciis *(Savigny)?* [41a]) dicit *T* [42]) etiam] e. prius T^b? *v. tab. ad p. 50* [43]) l. 30 C. de episc. aud. (1, 4) [44]) infans est . . . tenetur] T^2, *inc.* T^1

sicut libro tertio invenies. deinde quia sunt aliquae hereditates, quae prima facie lucrosae sunt, improvisum tamen damnum saepius adferunt.

19. *21, 2 post tempus*] Nota post tempus posse dici statim re acta nec tutoris auctoritatem[44a]) valere transacto negotio.

f. 11'. 21. *21, 3 sed curator*] Extra sciendum, quia, si multos habeat tutores et cum uno eorum gerat forte negotium, non adhibetur curator, sed ceteri tutores interveniunt.

22. *22 pr. pupilli*] Quid interest, ut cum dissimili aetate masculi et feminae curatores accipiant, curam tamen simili aetate finiant[45])? dicendum est igitur ideo feminis ante curatores institui, quod per calorem naturae celerius pubescunt: ideo autem simili aetate curam finiunt, quod fragilitate sexus ante quam viri sapere non possunt.

f. 12. 23. *22, 3 vel tutorum*] Quaeritur enim, quare tutoris morte tutelam finiri dixit, dum tutorem possit alterum pupillus[46]) accipere. et dicimus quantum ad tutorem priorem, non quantum ad pupillum.

24. *22, 4 sed et capitis dem.*] Id est maxima et media.

25. *ceterae*] Id est quae per inquisitionem et per testamentum dantur non pereunt.

26. *cap. demin.*] Finitur tutela omnibus[47]) capitis deminutionibus pupilli: id est minima, si adrogetur, quia transit in alterius potestatem; media, si deportetur, quia deportatus pro mortuo habetur; maxima, si servus[47a]) efficiatur, quia in tutelam servus esse non potest.

28. *23 rubr.*[48])] Quaeritur, quare tutores removeantur, si minores sub curatoribus esse[49]) necesse sit. et dicimus, quia hoc tutorum magis causa provisum est, ne per viginti quinque annos negotia aliena agentes suis utilitatibus impedirent[49a]).

29. *23 rubr.*[50])] Differentia[51]) tutelae et curationis haec est, quod tutela ex necessitate pupillis imponitur, curatio ex[50a]) voluntate accidit.

30. *23, 1 magistratibus*] Magistratibus quod dixit generaliter intellege, tamquam si diceret: ab omnibus iudicibus qui tutores dare possunt.

31. *23, 2 inviti*] Nota adulescentibus invitis in litem curatores dari.

32. *in litem*] In litem merito inviti accipiunt curatores, quia et ipsorum causa provisum est, ne fragilis animus inuti-

---

[44a]) acutoritatem *T* [45]) fiant *T*¹ [46]) pillus *T*¹ [47]) omnibus *bis T*ᵃ [47a]) servus] ser *T*¹ [48]) *librarius hanc gl. ad 22, 6* removentur *rettulit; em. Schrader* [49]) esse *om. T*¹ [49a]) impedirentur? [50]) *haec gl. ad 22, 6* administrandae tutelae *adscripta est; em. Schrader* [50a]) ex *om. T*¹ [51]) diffentia *T*

liter negotia tractaret, et adversarii et[52]) ne contra eum in integrum postea[52a]) restituatur adulescens, dum negotium eius sit sine curatore gestum.

f. 12'. 34. *23, 3 ex inquisitione*] Inquisitio est, ut sit honestus curator idoneus et diligens.

35. *23, 5 interdum*] Nota, quia et impuberi interdum curator datur.

36. *23, 6 absit*] Nam si praesens sit vel proximus infanti seu pubertati, ipse sibi curatorem petere potest.

f. 13. 38. *24, 1 vel eos qui gerere*] Nota, quia duo tutores vel curatores unius rem administrare poterunt.

f. 13'. 39. *24, 2 subsidiaria*] Nota, quae sit actio subsidiaria.

40. *curaverunt*] Romae quidem scribae, in provinciis autem officium iudicis.

42. *25 pr. item nepotis*] Sciendum est autem, quia quanticunque sint nepotes locum unius filii habent.

f. 14. 43. *25, 1 in semenstribus*] Semenstria sunt codex, in quo legislationes per sex menses[53]) prolatae in unum redigebantur.

44. *25, 5 non affectatae*] Affectata tutela vel cura est, si forte ipso tempore, quo ad tutelam vel curam vocabatur, duas tutelas gerebat, postea autem invenit sibi aliam quam sciebat cito finiri, ut quasi tres ageret et ab hac excusaretur, ad quam vocabatur. nihil ergo illi proderit.

f. 14'. 45. *25, 7 adversam valetudinem*] Debemus cognoscere, quia qui perpetuam infirmitatem habet possit etiam ab adita tutela vel curatione se excusare.

46. *propter quam*] Et iuste hi ad tutelam vel curam[54]) excusantur, dum ipsi magis, sicut superius lectum est, curatores accipiunt.

47. *25, 12 status*] Status controversia est, si quis liberum hominem in servitio cogat[55]).

f. 15[56]). 48. *26, 4 famosus*] Id est infamis.

49. *culpam*] Id est desidiam.

50. *26, 8 cognitio*] Hoc dicit, quia si cognitione[57]) facta, nondum autem iudicatione procedente in suspectione mortuus fuerit hic qui tutor est, extinguitur cognitio suspecti.

f. 15'. 51. *26, 12 removendos*] Melius enim est, ut non laedatur pupillus, quam ut laesus restituatur in integrum.

52. *26, 13 removendus*] Sed iungitur ei curator, sicut superius legimus.

---

[52]) et *del. aut scr.* ut [52a]) in int. postea *bis* T^1 [53]) mensexs T^a [54]) a tutela vel cura? [55]) servitium rogat? [56]) *deest folium* [57]) si gnitione T^1

Liber secundus.

53. *1 rubr. divisione*] Divisio est innumerabilis materiae brevis comprehensio.

f. 16'[58]). 53[a]. *1, 8 per pontifices*] Bene pontifices: . a . . . . .[59]) || rem sacram facere non potest || nec hereticus.

53[b]. *dona quae rite*] Sacra sunt quae rite et . atio || . . biliter[60]) deo consecrata sunt et quod || . xc . . x . . . . qu . . a (?) b || — — — — ra || . ion . . . liter — — et (?) ius || et s . . is — — — a com || miserit sacrileg . . non tenetur[61]).

53[c]. *sed profanum*] R . . . e pro — — || — — — is || sed (?) d — —[62]).

f. 17. 54. *1, 9 locum suum*] Bene in locum suum: nam si in alterius invito domino inferat, modo religiosum non facit, sed ipsum inde corpus abstrahitur.

55. *purum*] Id est ubi a domino mortuus positus non est.

56. *sepulchr.*] Sepulcrum dicitur, ubi iam mortuus positus est.

57. *ratum*] Id est confirmatum.

58. *1, 10 muri*] Ad hoc sancti, quia cum consecratione aliqua fabricati[63]).

f. 18[64]). 61. *1, 15 ad rem*] Id est ad naturam.

f. 18'. 62. *1, 16 gallinarum*] Nota gallinarum et anserum non esse feram naturam.

63. *1, 18 cetera*] Id est margaritae.

f. 19. 64. *1, 22 insula*] Nota, quando publica res sine permissu principis privata fit.

65. *praedia*] Quia quodammodo haec insula alius ager esse intellegitur.

f. 19'. 66. *1, 24 speciem commutat*] Quia, quamdiu inundatio permanet, videtur ager non esse.

67. *1, 25 alienis uvis*] De iudiciis hoc obscure positum invenies.

f. 20. 69. *1, 25 si non possit reduci*] Nota, ubi furtivae rei dominus efficitur.

70. *1, 26 cedit vestimento*] Regula dicit: cedunt adiecta subiectis.

---

[58]) *in pagina aversa tres fuere glossae, in hac ipsa una antecessit; 53 a b c om. Sav.* [59]) . a . . . . .] nam profanus vel alius *Schrader* [60]) rationabiliter *Schr.* [61]) *ulteriores quinque versus sic edidit Schr.:* exceptum de hostibus dicendum . . rationabiliter . . us et suus . . h . . a comiserat . . sacrilegio non tenetur [62]) recte profanum: nam sacrum erit d . . a onis . . sed directa aedificia *Schr.* [63]) fabricati . . . *T*? [64]) *in f. 17' duae glossae evanuerunt*

72. *aliis possessoribus*] Id est ab heredibus eius qui furtum commisit vel ab alio quolibet possidente condici potest.

f. 20'. 75. *1, 27 sed et si diversae*] Diversas non multas, sed alterius cuiuscumque generis dicit species.

77. *1, 27 electrum*] *Aurum et argentum commixtum, quod *aurum palliolum dicitur.

76. *1, 28 quod si casu*] Velut terrae motu.

f. 21'. 78. *1, 30 non ignorabat*] Id est si sciens in alienum fundum aedificaverit.

79. *constituto*] Hoc[65]) est immisso.

80. *1, 31 alienam plantam*] Nota plantam solo cedere.

f. 22. 81. *1, 33 ac si*] Id est quemadmodum.

f. 22'. 82. *1, 34 utilis actio*] Utilis actio[66]), id est directa, quam petitori dat, ad quem dominium voluit pertinere.

f. 23. 88. *1, 36 fere*] Fere ideo dixit, quia, si fructuarius[67]) dum sunt fructus decesserit, ad proprietarium pertinent, colonus autem si mortuus fuerit, ad heredes eius pertinent et consuetam heredes explent pensionem. hic autem colonus conductor intellegendus est.

89. *1, 38 demortuarum*] Sed tunc debet arbores vel vineas fructuarius reparare, si eius neglegentia fuerint demortuae.

90. *1, 39 thesauros*] Thesaurus est pecuniae veteris depositum, cuius dominus non commemoratur[68]).

f. 23'. 92. *1, 40 itaque stipendiaria*] Stipendiaria praedia appellantur, quae ad stipem, hoc est ad victum pauperum proficiebant: tributaria, quae onera tantum fiscalia persolvebant: nam tributum est gravis pensio, quae persolvitur Caesari.

f. 24. 93. *1, 44 commodavit*] Id est praestitit[69]).

f. 24'. 94. *1, 48 in tempestate*] Nota: res naufragio perditas aut in litore inventas aut in ipso mari nactas[70]) lucrandi animo quis abstulerit, furtum committit.

95. 2, *1 homo*] Hominem abusive posuit: tantum enim servus debet intellegi. quaeritur autem, quare servum modo posuisset in rebus, dummodo sciamus aliud esse res, aliud esse personas, aliud actiones. et dicimus, quia superius ideo est positum, ut discretionem homines, qui naturaliter erant liberi, acciperent; hic autem ideo est positus servus, quia si personam habet[71]), adquiri potest sicut et res.

97. *2, 2 obligationes*] Obligatio est iuris vinculum, quoquo modo, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu:

---

[65]) hoc] ho *T* [66]) actio] actio ideo dixit *T*[b] [67]) fuctuarius *T*[a] [68]) *cf.* l. 31 §. 1 D. de adq. rer. dom. (41, 1) [69]) praestituit *T* [70]) si *ins.* [71]) quia qui personam non habet *(similiter Sav.)*?

re, ut datione pecuniae: verbis, cum aliquo[72]) stipulanti promittimus: litteris, cum aliquo[72a]) sine datione rei promissae per[72b]) biennium obligamur: consensu, ut emptionibus venditionibus.

98. *nec ad rem*] Id est ad naturam.

f. 25. 99. *plerumque*] Ideo dixit plerumque, quia cum ius aliquod stipulati fuerimus, incorporeum est; ut puta si quis nobis usum fructum promiserit.

100. *3, 1 omnia urbana*] Nota urbana praedia dici etiam quae in villis aedificamus.

101. *servitutes sunt hae*] Duobus modis servitutes intelleguntur, id est faciendo et non faciendo. in faciendo, ut si quis stillicidium recipiat; in non faciendo, ut si quis per testamentum praecipiat, ne altius aedes ipsius attollat, ne luminibus vicini officiat.

102. *ut stillicidium*] Stillicidium dicitur aqua, quae paullatim de tecto cadit; flumen, quotiens totius tecti aqua per unum locum influit.

f. 25'. 103. *3, 2 adpulsum*] Id est adpulsionem.

104. *3, 4*] Servitutes tribus modis fiunt: pactionibus, stipulationibus et per testamenta. pactionibus hoc modo: si quis habens duas domos et[73]) eo pacto donet, ut onera vicini sui suscipiat; stipulationibus ita, ut si quis ita domum vendat et[74]) ab emptore servitutes suscipiat[75]); testamento veluti si quis heredem suum damnet, ne vicini lumina aedificio suo tollat.

105. *4 pr. substantia*] Substantiam proprietatem[76]) intellegit.

106. *ius in corpore*] Quaeritur, quare hic ius usus fructus in corpore reddit, dum superius incorporale ius usus fructus[77]) esse dixit? Sed dicimus, quia ipsum ius incorporale est, ea vero quae continentur corporalia sunt.

f. 26'. 108. *4, 3 per modum*] Per modum hoc intellegitur, ut si quis testamento heredi suo aliquid praecipiat facere et praetermiserit. per tempus, quod praesente usufructuario si[78]) alius quis decem annis bona fide possederit: absente vero XX annis finitur usus fructus: de mobilibus vero tribus annis.

109. *extraneo*] Quia extraneo usum fructum[79]) non potest usufructuarius cedere propter regulam quae dicit: usufructuarius usufructuarium[79a]) facere non potest; nam si extraneae personae usum fructum concesserit, nihil agit.

---

[72]) aliqua *T*^{v}, *scr.* alicui [72a]) aliquo *del.* [72b]) post? [73]) et] alteram? [74]) ut? [75]) excipiat? [76]) propreetatem *T*^{a} [77]) incorporale (incorporalem *T*^{2}) usum fructus (fuctus *T*^{a}) *T* [78]) si *del.* [79]) fructus *T* [79a]) ususfructuarius usumfructuarium *T*

111. *5 pr. nudus*] Nudus usus est ius aliquod diversis modis consistens, quod mihi alienae rei usum non fructum habere permisit.

f. 27[80]). 113. *5, 5 sed si cui habitatio*] Aliquanti quaesierunt, utrum usum an usum fructum vocarent, quia neutrum eorum est, sed habet ius aliquod proprium. nam hoc commune est usui[80 a]) fructui, quia qui habet habitationem possit et concedere et ibidem manere. distat autem in hoc, quia non illi licet eam alicui donare, ut ibidem maneat, quomodo usufructuario. in hoc autem commune est, quia qui habet usum in aliqua domo possit ibidem et ipse habitare, quomodo qui habet habitationem. haec autem est differentia, quia qui habet usum concedere non[81]) potest, qui habet habitationem potest eam concedere. est et alia differentia inter habitationem et usum fructum, quia usus fructus capitis deminutione finitur, habitatio non extinguitur, sicut libro tertio de iudiciis digestorum invenies.

f. 27'. 114. *5, 6 iure gentium*] Quaeritur, quare servitutes et usum fructum ex gentium iure posuerit, dum constet[82]) stipulationes, sicut superius exposuimus, ex civili iure descendere: et dicimus ex gentium quidem iure ista descendere, per stipulationem vero ex civili iure posse dilatari.

115. *6 rubr.*] Usucapio est adiectio dominii legaliter bona fide possidenti.

116. *6 pr. certo loco*] Id est in Italico solo.

117. *inter praesentes*] Praesentes enim sunt non solum, si in una civitate sunt, verum etiam si in una provincia.

f. 28. 118. *6, 1 liberum hominem*] Nota, quia possidere liberum dixit, dum quando in eum possessio non sit.

119. *servum*] Nota servum fugitivum nullo tempore usucapi posse, quia se ipse furari videtur et ideo non usucapitur, sicut omnes res quae furtivae sunt.

f. 28'. 120. *6, 7 eorum qui*] Id est ipsi committunt furtum qui possident.

f. 29. 121. *6, 8 aliquando etiam*] Aliquando etiam furtiva res et vi possessa usucapi potest. veluti si equum quidam meum mihi furatus sit, tradidit secundo bona fide accipienti: usucapere eum secundus non poterat, quia furtiva res erat. fugiit ergo equus et ad me rediit: purgatur in equum illud vitium furti. quod si casu ergo[82 a]) de eius[83]) dominio cadam et ad secundum equus ipse venerit, usucapio competit. eadem dicimus et si vi possessa res bona fide ematur.

---

[80]) *una glossa periisse videtur* [80 a]) usus *T* [81]) non *om.* *T*[a]
[82]) constent *T* [82 a]) ego? [83]) ius *T*[a]

122. *6, 11 error autem*] Quia si tutor rem alienam pupillo tradat vel procurator domino, non poterit eam usucapere.

123. *6, 12 ipse*] Subaudis heres vel bonorum possessor.

124. *6, 13 inter venditorem*] Nota, ut si venditor bona fide usucapere coeperat, emptori usucapio continuetur.

f. 29'. 125. *6, 14 sive experiantur*] Sive experiantur id est ipsi conveniant. sed dicit[84]) quis, quomodo potest fieri, ut si dominus factus sit ipse, conveniat alium? et dicimus posse fieri, si quolibet modo ceciderit.

127[85]). *7 pr. donationum*] Donatio est voluntaria et larga datio ex nulla necessitate sumens originem.

129. *humanitus*] Humanitus quod dixit, de morte accipiendum est, quia et si dicat, si quid mihi contigerit, de morte intellegendum est, sicut libro L. digestorum invenies[86]).

f. 30. 132. *7, 1 per omnia fere*] Fere dixit, quia filius familias habens castrense peculium donationes quidem[87]) mortis causa facere potest, legatum vero relinquere non potest, et quia legata annalia singulas actiones singulis annis pariunt, donationes vero una actione petuntur.

134. *7, 2 traditionis necessitas*] Nota donatori necessitatem impositam rem tradendi quam donavit.

f. 30'. 135. *donationes invenit*] Et quasdam donationes invenit, veluti si in redemptione captivorum vel ad reparationem domus, vel si magister militum ex spoliis[87a]) bellorum donet militi, vel si[88]) D. solidorum donationes non[89]) excedant, insinuatione non indigent; idem est et si princeps largiatur.

136. *ad uberiorem*] Id est pleniorem[90]).

138. *donatoribus*] Nota, quod[91]) donatori tantummodo[92]) permisit revocare donationem, non etiam heredi.

137. *certis ex causis*] Veluti si donatori iniuriam gravem fecerit usque ad caedem, vel si in adulterium eum accuset non sua causa, vel si adversus fiscum eum damnificet, vel si, cum pactus fuerit donatorem nutrire, pacti fregerit fidem.

f. 31[93]). 139. *8 pr. vel obligatio*] Ex hoc excerpere possumus, quia hypotheca et obligatio idem est[94]).

f. 31'. 140. *8, 2 bona fide*] Id est si arbitrans eum perfectae[95]) aetatis esse: quia sine tutoris auctoritate si quis a pupillo acceperit, non videtur mutuum constitisse.

141. *recte dari*] Recte dari quantum ad utilitatem pupilli; nam is qui dat non videtur recte persolvere.

---

[84]) dicet? [85]) *duae glossae perierunt* [86]) l. 162 § 1 de v. s. (50, 16) [87]) quidem] qua est *T* [87a]) ex poliis *T* [88]) si *om.* T^1 [89]) non *om.* T^1 [90]) id est plfnkprfm T^1, fxktxm (*i. e.* exitum) *add.* T^2 [91]) quod *om.* T^a [92]) tantummodo *om.* T^a [93]) *in folio deperdito tres videntur fuisse glossae* [94]) hypotheca . . . est] ippthfcb ft pblkgbtkp kdfm fst *T* [95]) perfenctae T^a

f. 32[96]). 142. *9, 3 id vos*] Nota, quia cum servus possidet dominus possidere videtur.

f. 32'. 144. *9, 4 fructuarius*] Is qui usum fructum habet non videtur esse possessor.

145. *re vestra*] Haec enim per procuratorem nobis adquiruntur, si nostro nomine traditae fuerint res procuratori.

f. 33. 146. *9, 6 sive cuius*] Id est contra tabulas testamenti, scilicet ut rumpatur.

f. 33'. 147. *10 pr. testamentum*] Nota testamentum dictum, quod testatio mentis est.

148. *10, 1 procinctum*] Id est expeditio armata militaris.

149. *puberibus*] Qui testamentarii sunt, ut[97]) puberes esse debent et cives Romani.

f. 34'. 150. *10, 6 testam. factio*] Testamenti factionem habere videntur[98]), quibus licet facere testamentum aut licet de testamento adquirere.

151. *cui bonis*] Hoc autem de prodigo intellegendum est, cui iure bonorum suorum administratio interdicta est.

152. *intestabilemque*] Intestabiles sunt qui subscriptiones suas perfide negant.

153. *10, 7 liber existimabatur*] Nota, quando plus est, qnod in opinione est, quam in veritate, et quando servus intestabilis non est, et quando is qui testamenti factionem non habet testimonium dicere[99]) potest.

154. *status quaestionum*] Nota, quando is, qui status controversiam patitur, pro libero non habetur.

155. *10, 9 post missionem*] Missio est, cum quis de militia cadat infirmitate vel senectute occupatus.

f. 37. 157. *10, 10 sibi quodammodo*] Nota, quia nemo potest sibi testimonium dicere[99 a]).

f. 37'. 158. *10, 11 legatariis*] Nota, quia legatarii et fideicommissarii non sunt iuris successores.

160. *10, 12 nihil*] Nota nihil interesse, in qualibet materia factum fuerit testamentum.

161. *10, 13 pluribus*] Nota plura posse fieri testamenta.

f. 38. 163. *11 pr. quoquo modo*] Quoquo[100]) modo voluerit scribat vel unde voluerit, uel etiam de sanguine[101]) suo et vagina.

f. 38'. 164. *11, 2 quin immo*] Quod mutus et surdus miles testamentum facere potest, in hoc intellegendum est, qui post datam

---

[96]) *folium deperditum unam glossam videtur habuisse* [97]) ut] *sic*, ***non*** et *T*: *scr.* et [98]) videtur T^a [99]) dicie T^a [99 a]) diceret T^a [100]) quoquo] q. enim T^2 [101]) sanuuine *T*

militiam mutus et surdus est factus: alioquin prius militare non potuit.

165. *11, 3 post missionem*] Missionum duo genera sunt, turpe et honestum. Turpe est, cum quis ex acie fugiens militia pellitur; honestum est, quotiens causarum amissa[102]) fuerit veluti cum quis infirmitate impeditus militare non possit aut cum quis veteranus effectus est.

f. 39. 166. *11, 6 castrensia*] Castrensia peculia sunt, quae ex largitate imperatoris dantur, vel salaria quae accipiunt medici, vel memorialia[103]), quae clerici exceptis lectoribus, advocatis[104]) vel alii scholastici ex advocatione, vel adsessores.

167. *12 pr. parentes*] Nota, quia filius familias nec consentiente patre potest facere testamentum.

f. 39'. 168. *aliter*] Respexit[103a]) ad illud, quod creditores eius illud peculium consequi nequeunt.

169. *peculia*] Nota et filiorum peculia dici, quomodo et servorum.

170. *sacris const.*] Id est peculiis castrensibus et quasi castrensibus.

f. 40'. 172. *12, 5 qui apud hostes*] Nota testamentum quod apud hostes factum est non valere, quia constat servum fuisse qui apud hostes decessit.

173. *13 pr. ius autem adcrescendi*] Ius autem adcrescendi est deminutio rerum[105]) relictarum heredi[106]) propter accessionem aliarum personarum. ut puta duo filii heredes relicti, tertius praeteritus: in tertia hereditatis parte succedit. hoc autem dicit, quia non infirmabatur[107]) testamentum, sed ius adcrescendi habebant: quod autem hoc est exponimus[107a]). si quis extraneum heredem dimittebat, hos autem praeteribat, non rumpebant[108]) testamentum, sed tollebant heredi mediam[109]) partem et sic omnes mediam[110]). si autem filius erat, non mediam accipiebat, sed si verbi gratia duo essent praeteriti, quaternas uncias omnes tollebant: sed et si multi essent, secundum portionem suam cum hoc partiebantur.

f. 41'. 175. *13, 3 bonorum possessionem*] Bonorum possessio est ius aliquod, quod me facit defuncti rem aut possidere aut expetere.

f. 42. 177. *13, 5 nostra vero const.*] Abhinc utilia sunt.

179. *per virilem*] Nota[111]), quia avus maternus necesse non habet nepotes suos exheredare vel heredes instituere.

---

[102]) causarie amissa *em. Sav.; malim* causarie missus [103]) memoralia T^a [103a]) respecsit T [104]) advocati *(Sav.)?* [105]) rerum *om.* T^1 [106]) hredi T^a [107]) adfirmabatur T^v [107a]) exponamus? [108]) *sic vel* rumpebatur T [109]) medi || mediam T [110]) *suppl.* accipiebant [111]) nota *om.* T^1

f. 43'. 181. *14, 2 servus alienus*] Servus domino mortuo potest hereditatem suscipere, quae illi ab aliena persona fuerat relicta, quamvis dominum non habeat, quo iubente possit accipere; hereditas enim locum defuncti tenere videtur, antequam alter eam accipiat [112]).

181[a]. *nondum enim*] Regula.

184. *14, 5 et si unum*] Nota, quod nullus potest partem testari, partem vero non, propter regulam quae praecipit, si partem testatus fuerit et partem non, tunc statutum est, ut illa pars [113]) ad illos pertineat [114]), quibus alia pars est relicta. nam videtur in illam partem tota hereditas collata fuisse. si enim in sex uncias fecerit testamentum, in totas duodecim fecisse dinoscitur.

f. 44. 185. *14, 6 ita demum*] Id est in hoc casu.

186. *distributio*] Id est ut testator dicat, quas partes habere unumquemque heredem velit.

f 44'. 187. *14, 8 dipondio*] Duae librae dipondium est, vel quidquid duobus pertinet dipondium appellatur.

188 *14, 10 impossibilis*] Impossibilis condicio in ultimis voluntatibus non valet, in contractibus vero valet.

188[a]. *14, 12 ignorantia*] Regula.

f. 45. 190. *15 pr. in subsidium*] Id est in solatium vel adiutorium.

193. *15, 2 invicem*] Quod si plures in substitutione nominati sint et non addiderit testator, quis cui substitutus est vel quis quota ex parte succedere debeat, tunc omnibus recusantibus substituti ex aequa parte succedunt.

194. *15, 3 sed si instituto*] Ut puta 'Primus et Secundus 'heredes [115]) estote: si Primus heres non fuerit, Secundus 'heres sit: si Secundus heres non fuerit, non illi Primus 'substituatur, sed Titius quidam'. in hoc casu si Secundus heres non existat, Titius quantum ad suptilitatem in secundi tantum parte succedit. si enim nec Primus heres existat, licet Titius in [116]) Secundi tantum parte sit substitutus, attamen quia et Primo Secundus fuerat substitutus [117]), in cuius [118]) loco Titius successit [119]), invenitur utrisque Titius substitutus.

195. *15, 4 admittitur*] Nota, quando substituto [120]) adeunte hereditatem institutus cum eo ex aequo in hereditatem accedit.

196. *subiectus*] Id est si neque ipse neque ille, qui cum quo-

---

[112]) capiat *T*ᵛ *(manus 1)* [113]) pars] ut *T*[a] [114]) perveniat *T*[2] [115]) heres *T* [116]) in] in sd' *T*[a] [117]) attamen ... substitutus *om.* *T*[1] [118]) cuus *T* [119]) accessit *T*[1] [120]) stituto *T*[a]

quomodo in potestate habuerit, heres erit: tunc substitutus ad totam hereditatem admittitur.

197. *Parthenii*] Ut mediam hereditatem Parthenius[121]) habeat et mediam substitutus.

191. *16, 1*[122]). Haec est differentia inter pupillarem substitutionem et furiosi, quia in pupillari substitutione tantum pater poterit filio sive nepoti qui in locum filii succedit heredem relinquere, in furiosi autem substitutione poterit et mater et avus maternus heredem instituere.

f. 46[123]). 201. *17, 2 ex eo*] Id est ex[124]) posteriore.

f. 47. 202. *17, 5 non iure*] Si scriptura quidem profertur et legitimo modo non sit perfecta, id est sine testibus, non valet testamentum nec imperator heres efficitur, cum non sit legibus roborata propter testes, qui aut non fuerunt aut minus septem fuerunt, sicut supra cautum est.

f. 47'. 202[a]. *17, 6 nam*] Regula.

204. *17, 8 heredis nomen*] Si tamen in non scriptis voluerit testari.

205. v. *legibus*] Nota principes legibus vivere.

207. *18, 1 turpibus*] Turpes personae sunt aurigae pantomimi et huius officii personae.

f. 48. 208. *ultra fratres*] Alii enim cognati vel adfines agere non possunt[125]).

210. *18, 3 si nihil*] Quia qui aliquam partem hereditatis habet quoquo modo, de inofficioso agere non potest.

211. *18, 4 si tutor*] Quidam duos filios habuit et eos exheredatos reliquit, unum iam legitimum, alterum vero pupillum, ille autem maior[126]) tutor minoris factus est. sed[127]) si voluerit agere de inofficioso suo nomine et victus fuerit, fratris sui legatum non amittit: et contra si fratris sui nomine agat et superetur, legatum suum non perdit.

f. 48'. 212. *18, 7 quod autem*] Quod autem de quarta dicit, extra intellegendum est, quod ex constitutione novella dicitur, quae ab uno usque ad quattuor filios ad tertiam partem hereditatis admittit, si plures sint, ad mediam[128]).

213. *19, 1 veneant*] Quia lex secundam venditionem prohibet fieri.

f. 49. 214. *19, 2 similiter*] Similiter ideo dixit, quia liberorum bona

---

[121]) parthemius *T* [122]) *male librarius hanc glossam ad v.* invicem 2, 15, 2 *una cum gl. 193 rettulit; em. Schrader* [123]) *in folio deperdito 4 glossae videntur fuisse* [124]) ex *om.* T^a [125]) poesunt T^a [126]) maior] m. autem T^b [127]) sed *del.* [128]) Nov. 18 c. 1

atque servorum possidentur a creditoribus si non satis faciant.

f. 50 [129]). 215. *20, 3 deest*] Hoc deerat legatis, quia legata non nisi aliquibus verbis dimittebantur, fideicomissa autem quibuscumque relinquebantur. hoc autem erat amplius in legatis quam in fideicommissis, quia fideicommissa ex voluntate heredis dabantur nec cogebatur, si noluisset [130]), legata vero modis omnibus necessario debebantur. merito nunc exaequanda sunt, quia legata quibuscumque verbis possunt sicuti fideicommissa dimitti et fideicommissa necessitatem in se continent legatorum.

216. *et si quid*] Nota, quia per omnia legata similia sunt fideicommissis.

217. *20, 4 aliena*] Ideo dixit aliena, quia res heredis quasi propria videtur esse testatoris.

218. *quod autem*] Nota, si res aliena legata sit.

219. *alienam*] Extra intellegendum est, quia si rem non extraneis legaverit, veluti si patri aut matri, licet nesciat alienam, valet tamen legatum.

f. 50′. 220. *20, 5 obligatam*] Si rem obligatam legaverit heres, luendi necessitatem habet.

221. *20, 6 emptionis*] Ut pretium accipiat, quod dedit in proprietate, usus fructus autem pertinet ad proprietarium.

222. *lucrativas*] Regula dicit duas lucrativas causas in eundem hominem et eandem rem concurrere nou posse.

223. *20, 7 futura*] Si quidem in anno vel biennio futuros fructus dicit: nam si absolute dicat 'fructus illius fundi', poterit usus fructus intellegi.

224. *20, 8 coniunctim*] In verbis coniunctim res legata est. dicimus, quia potest unus per actionem in rem legatum expetere et alter non per actionem ex testamento competentem sibi partem petere. in his vero, quibus res disiunctim legata est, affectus testatoris consideretur, ut si quidem [131]) aperte a primo legatario auferens hoc secundo relinquit, dicimus secundum totum auferre: sin autem non animo auferendi hoc secundo legaverit, unusquisque eorum competentem sibi portionem accipiat. 'sed ita [132]) tunc dicitur [133]), nisi forte ex ipsa scriptura testamenti manifestius apparet voluisse testatorem utrisque solidum legatum dari: tunc enim unus quidem ipsam rem, alter vero aestimationem [134]) eius accipiet: electio autem ei dabitur, qui primum legati petendi mentionem fecit.

---

129) *periit unum folium* 130) voluisset T^a 131) si quidem si *T* 132) ita] hoc ita T^b 133) dicto T^2, *inc.* T^1 134) existimationem *T*

f. 52 [135]). 225. *23, 7 repetere*] Nota quartam partem ab herede si tamen voluerit retinendam, et eo amplius ut et soluta repetere possit.

f. 52′. 226. *damno*] Nota, quia nullum nec damnum nec commodum debet habere heres, qui coactus est adire hereditatem et restituere fideicommissario.

f. 53. 227. *23, 9 maxima*] Ut si quis ita dicat 'maximam partem re- 'tine tibi': ut si habuit substantiam mille solidorum, domum vero octingentorum, in auro autem ducentos, et ita dixerit: 'domum retine, aliud vero fideicommissario trade'.

f. 53′. 229. *23, 12 a legatario*] Id est ut [136]) legatarius ex legato partem restituat fideicommissario, nec non et fideicommissarius ex fideicommisso partem similiter restituat.

f. 54. 230. *24, 1 inutiliter*] Inutiliter ideo dixit, quia superius legitur damnosa legata non valere.

231. *cum autem*] Nota, si res aliena relicta sit.

f. 54′. 232. *24, 2 si modo nihil*] Quodsi aliquid ipse ex testatoris voluntate percepit, videtur casus voluntati consensisse, nec interest, utrum amplius quam servus valeat percepit, et hoc casu vendere non manumittere cogitur.

f. 55. 235. *25 pr. tamen codicillos posset*] Quia non est tanta sollemnitas in codicillis: nam in codicillis quinque tantum testes requiruntur.

f. 55′. 236. *25, 1 sed et intestato*] Si sciat, quis adgnatorum vel cognatorum ei ab intestato succedat.

237. *25, 2 directo*] Directo addit, ut emendaret regulam.

238. *substituere directo*] Quia substitutio etsi inferiore gradu directo tamen hereditatem dat, quod per codicillos fieri non potest.

239. *25, 3 desiderant*] Id est sive primi sive posteriores fuerint, unam et eandem firmitatem habebunt.

Liber tertius.

f. 56. 241. *1, 2 adoptivi*] Hic adoptivi generaliter dixit, id est sive transeant in potestatem sive non: nam ii, qui non transeunt in potestatem, in hereditate succedunt patribus adoptivis, sicut libro L. constitutionum invenies [137]).

242. *progeniti*] Id est qui non nascendo sed legis remedio fiunt.

f. 57. 243. *nec curatores*] Nota, quando sine tutoris auctoritate pu-

---

[135]) *quat.* IX *periit* [136]) ut *om T*¹ [137]) l. 10 C. de adopt. (8, 48)

pillus potest vocari ad hereditatem et furiosus sine consensu curatoris.

246. *eum fiscus*] Nota et [138]) fiscum successorem vocari, quia quamvis suus heres appareat, potest ei auferri hereditas. post mortem enim tyranni culpa non extinguitur tyrannidis.

f. 57'. 247. *1, 7 solus*] Ex hoc, qnod dixit solus, quia si alius inveniretur, ipse succederet ei et exheredatio non officeret ei. sed vide in novellis quid dicat constitutio prima.

248. *1, 8 testamento suus*] Postumus patris avo superstite non conceptus nec suus heres est avo nec ad [138 a]) bonorum possessionem eius admittitur.

f. 58. 249. *1, 9 sed praetor*] Nota emancipatos beneficio praetoris admissos.

f. 58'. 250. *utrum*] *Nota, quid minus habent adoptivi a legitimis.

251. *1, 11*] *Nota differentiam adoptivorum et naturalium.

f. 59'. 252. *1, 14*] *In hoc capite cognoscis filio, licet in adoptiva *familia sit, naturalis parentis iura integra [138 b]) reservata.

253. *ab intestato*] *Si extraneae personae in adoptionem ali- *quis datus fuerit, non potest ei aliter succedere, nisi ab *intestato decesserit: nam si eum et sine causa exhereda- *verit, non potest contra tabulas adoptivi patris bona *petere.

f. 60. 254. *1, 14*] *Nota, adoptionem........ [139]) firmo iure factam *adrogationi similem dicit.

f. 61. 257. *1, 15*] *Nota nepotes ex filia omnibus adgnatis anteponi.

f. 61'. 258. *2 pr.*] *Modo tractat, si desunt ei sui vel quos praetor [140]) *aut constitutiones suos esse voluerint.

258[a]. *eorum quos*] Id est emancipati.

259. *2, 1 patrueles*] *Nota, fratres patrueles consobrinos dici.

f. 62'. 261. *2, 3 a suptilitate*] *Suptilitas iuris civilis viros potius *eligebat quam feminas.

f. 63. 263. *2, 4 avunculi*] *Nota, avunculus suboli.

f. 63'. 264. *2, 5*] *Nota fratrem filio fratris anteferri.

265. *2, 6 proximiore*] Nota proximiore mortuo sequentem succedere: hinc cognoscis hereditatem posse per longum tempus inaditam remanere.

f. 64. 266. *2, 7 nihilo magis*] Id est nullo modo.

267. *cum in onere*] In onere tutelarum primo gradu deficiente

---

[138]) et] etsi *T* [138 a]) ad *om.* T^a [138 b]) integro T^v *(man. 2)* [139]) ab ascendente? [140]) praetor *om.* T^a

sequens succedit ex [141]) regula, quae dicit, quia plerumque ubi est successionis emolumentum ibi et tutelae onus [142]): et recte ergo in successionem ipsius vocatur qui, si casus emerserit, tutelam [143]) nanciscitur legitimam: ex lege, non autem adgnationis iure intellegitur.

f. 64'. 268. *3, 2 rubr.*] Tertullianum senatus consultum Hadriani temporibus factum fuit, quo cognoscimus, quid matri competat de filii successione aut a quibus excluditur.

f. 65. 269. *3, 3 liberi*] Id est filii illius defuncti, hoc est nepotes matris.

270. *pater*] Quamvis hic contracta fiducia emancipaverit.

271. *utriusque*] Id est filii vel filiae.

272. *cum inter*] Bene dixit: cum inter eos solos. nam si et fratres defuncti mixti sunt cum his, si quidem is qui mortuus est sub potestate positus erat, tunc pater defuncti usum fructum omnium rerum tantum habebat, nam nihil ex proprietate: si vero sui iuris defunctus fuerat, tunc pater tertiam partem rerum in usum fructum habebat. hic [143 a]) ergo cum inter patrem et matrem et fratres de hereditate defuncti agebatur: si vero inter patrem tantum et fratres quaestio moveretur, iterum pater vincebatur: post Codicem autem constitutionum haec omnia mutavit.

273. *3, 4 casum*] *Nota: non parere casus fortuitus est.

f. 65'. 275. *3, 5 certis*] Id est patruo vel filio [143 b]) patrui vel nepoti non passo capitis diminutionem. aliis praetor nil dabat.

f. 66. 276. *3, 6 tutores*] Sciendum, quod alii aliquando oportet, ut et curatorem petat, id est in eo casu, cum debet curator tutori adiungi. nam puberi filio mater non cogitur curatorem petere, sicut nono libro de tutelis titulo sexto dig. in [144]) Modestini invenies [145]). sciendum tamen, quia sicut diximus, si non petierit tutorem [145 a]), neque impuberi neque puberi mortuo succedit, sicut praedicto nono libro titulo [145 b]) dig. II., quamvis ibi indistincte positum sit.

277. *intra*] Sciendum, quia si mater minor XXV annis constituta tutorem filio non petat, veniam meretur et succedit [146]), sicut libro II. codicis titulo XXXIIII constitutione septima [147]) deum rerum ut puteno [148]) legitimae aetatis restitui.

278. *neglexerint*] Bene dixit neglexerint: nam si ipsae non neglexerint, sed casu aliquo impeditae sunt petere, veniam promerentur et ad successionem vocantur, sicut libro V. codicis invenies titulo XXXV [149]) constitutione VIII. quia

[141]) et T^1 [142]) onus] o. incumbat T^2 [143]) protutelam T^a? [143 a]) hic] sic? [143 b]) uel filio *bis* T [144]) in] I? [145]) l. 1 D. qui pet. (26, 6) [145 a]) petierit .... tutorem T [145 b]) titulo VI? [146]) succe... T [147]) l. 2 C. si adv. delictum (2, 35) [148]) *sic* T [149]) *scr.* xxxi

non solum mater, sed quilibet ex pertinentibus, si non petierit intra annum pupillo tutorem, non ei succedit si impubes moriatur neque ab intestato neque ex substitutione.

280. *4 pr. Orphitiano*] Orphitianum senatus consultum cavet, quemadmodum matribus a filiis succedatur.

f. 66'. 282. *4, 3 vulgo*] Nota vulgo quaesitos filios ex senatus consulto matribus succedentes, si tamen illustris non sit: si enim fuerit et legitimos filios habuerit, illi excluduntur.

284. *5, rubr.*] In hoc tit. cognoscis, quo loco adgnati ad successionem vocantur, quo cognati.

f. 67. 285. *5, 2 vocat*] Id est retracta tertia portione.

286. *5, 4 vulgo quaesitos*] Nota vulgo quaesitos adgnatos non habere.

288. *5, 5 decimo*] Nota, quia legitimis personis hereditates usque ad decimum gradum competunt.

f. 68. 289. *6 pr. transverso*] Id est a latere.

290. *6, 2 ex transverso*] Recte secundo gradu incipit ex transverso. nam si non per [150]) mediam personam sibi iunguntur primo gradu, necesse est . ÷ . ÷ e [151]) secundo gradu esse per quem sibi iunguntur, et [152]) ad se invicem secundo [153]) pertineant: neque enim possum eodem gradu fratri meo esse quo patri sum.

291. *6, 3 convenienter*] Pro similiter.

292. *6, 4 quidam*] Nota consobrinos.

f. 69. 294. *consortio*] Bene dixit consortio. si enim, qui [154]) ex matrimonio [155]) nati erunt affectu, hi adhuc servi manent, cum libertatem meruerint, qui [156]) ex his nati sunt ad bona eorum veniunt. si autem in servitute manentes non ex tali consortio sed meretricio amore detenti filios procreant, post [157]) libertatem illi non veniunt ad bona eorum. et aliter recte consortio [158]) dixit, quia in servis matrimonium dicere non possumus: matrimonium enim ex lege nominatur, servos autem lex non adgnoscit.

f. 69'. 296. *alterum*] Sciendum est autem, quia eo modo, quo et patri et sibi invicem succedunt, ita eis et pater legali modo succedit.

297. *ex eadem matre*] [159]) Divisionem de his positam qualis est invenies post codicem Constit. XXXII. [160]) ibi invenies

---

[150]) per] .. per *T* [151]) . ÷ . ÷ (eādē?) e] in *Sav.* [152]) ut? [153]) *scr.* tertio [154]) quibus? [155]) *scr.* matrimoniali [156]) quia T^v [157]) proost *T* [158]) consortium T^2 [159]) *initio huius gl. erasa videntur* ex eadem matre [160]) Nov. 84, 1, 1

sriptum: si quis moriatur habens fratres consanguineos tantum aut certe couterinos tantum et alios et uterinos et consanguineos, omnem huius substantiam ad illos pertinere, qui ad eum ex uno patre eademque matre pertinent utpote ad eos, qui iure duplicioris naturae nati sunt. ergo et in libertis tractanda sunt.

f. 35. 298. *6, 11 femineo*] Quia antea filia in hereditate non succedebat.

299. *sexu*] Id est si ex emancipato conceptus sive ex filia natus: hi enim dum non sunt sub potestate habendi, tamen ad eius bona exinde unde liberi ad bonorum possessionem vocantur.

300. *6, 12 integrum*] Id est qui non est passus capitis deminutionem [161]).

301. *plerumque*] Plerumque dixit propter sororis filios, quos inter adgnatos ad successionem vocans aliis adgnatis inferioris gradus praeponit vel Anastasii constitutio fratres emancipatos [162]).

f. 36. 303. *7, 3 notione*] Virtus constitutionis huius in his est, quia si libertus usque ad centum solidorum substantiam habeat, licet sine filiis ipse decedat, attamen testamento facto potest patronum excludere: ab intestato autem si decedat liberos non habens, patrono locus sit [163]) ad successionem. quod si praedictam quantitatem substantia eius [164]) excedat, alia est constitutio quae dicit, ut si quidem liberis superstitibus decedat intestatus, patrono locus non sit: si vero habens liberos cuiuscumque sexus vel gradus, sive suos sive quos praetor inter suos adnumerat, sive quos constitutiones, ita potest testamento facto eos heredes scribere, ut de inofficioso movere non possint, et patronum praetereat aut certe coheredem aliis faciat: sed ita ut si tertia pars hereditatis salva non sit, tunc permittatur patrono contra tabulas movere ad recipiendam omnem substantiam aut certe ad recipiendum hoc, quod ei deest ad habendam totius partem hereditatis.

f. 36′. 305. *liberos*] Id est emancipatos.

306. *possessionem*] Nota hic particularem esse bonorum possessionum contra tabulas.

307. *sed ad*] Ut patrono illa tertia pars pura inveniatur.

308. *coheredes*] Nota, quia patronus, cum sit tertiae partis bonorum successor, heredem eum vocavit.

f. 70. 309. *ex transverso*] Nota, quia ex transverso dixit.

---

[161]) deminutione *T* [162]) l. 11 C. de leg. her. (6, 58) [163]) fit? [164]) eis *T*

310. *paene*] Paene ideo dixit, quia ingenuis usque ad decimum gradum servatur successio, in libertinis autem usque ad quintum: constitutione autem cavetur, ne superioris gradus personae ad [165]) successionem liberti vocentur. potest enim hoc ex textu subripere quis dicens: quia ex quo ex imitatione ingenuorum successio differtur, debent et superiores personae succedere: sed hoc aperte prohibitum est.

f. 70'. 312. *7, 4 edictum*] Hoc dicit, quod si forte ille libertus ab imperatore aut ignorante domino aut nolente merebatur ut cives Romanus fieret [166]), in vita quidem sua cives Romanus erat, post mortem autem ut Latini liberti et res eius a manumissore auferebantur.

313. *8 rubr.*] In summa huius tituli sciendum est, quod adsignatio nec legato nec fideicommisso adsimilatur, unde nec cogitur adsignatum sibi servum fideicommissum alii restituere. et hoc invenies libro XXXVIII digestorum [167]).

f. 71. 314. *8 pr. nullis liberis*] Bene dixit nullis liberis: nam si essent iure hereditario fratribus [168]) praeponerentur.

315. *9 pr. ius bonor.*] Bonorum possessio est ius persequendi retinendique patrimonii sive rei quae cuiusque dum moritur fuerit. item bonorum possessiones tribus modis introductae sunt, id est aut emendandi veteris iuris gratia aut impugnandi aut confirmandi. emendandi, quia lex XII tabularum emancipatos inter suos non cognoscit, praetor vero hoc emendans vocat eos unde liberi. impugnandi, quia lex XII tabularum eos, qui per femininum sexum descendunt, omnino repellit a successione, praetor autem hoc impugnans vocat eos per unde cognati. confirmandi [169]) iuris gratia, quotiens eis dat praetor bonorum possessionem, qui poterant etiam iure civili tam ex testamento quam ab intestato succedere.

f. 71'. 316. *9, 2 per legem*] Per legem, id est XII tabularum, vocantur veluti sui aut adgnati: per similem iuris constitutionem, per senatus consultum ut mater: per principales constitutiones veluti filii, qui dati curiae legitimi facti sunt, aut ii qui ante dotalia instrumenta nati sunt.

317. *per similem*] Differentiae inter eos qui per legem et eos qui per praetorem ad successionem vocantur eae sunt: nam ii, qui per legem vocantur, heredes tantum sunt, ii vero, qui per praetorem, loco heredum sunt et vocantur bonorum possessores. sunt qui et per legem et per praetorem vocantur: ii heredes et bonorum possessores sunt.

---

[165]) ad] .... ad *T* [166]) fieretur *T*[a] [167]) l. 7 D. de adsign. lib. (38, 4) [168]) fratris *T*[1] [169]) firmandi *T*[1]

318. *heredes*] Haec erat definitio heredis et bonorum possessoris, quod bonorum possessor, si non petierit a praeside, non fit, heres autem et sine petitione ex testamento fit heres. nulla autem modo est differentia.

f. 72. 319. *9, 3 quas extraneo*] Antea emancipatio per imaginarias venditiones fiebat et is, cui quodammodo vendebatur, manumittebat eum et iura in eum patronatus retinebat. iste ergo manumissor, quotiens hae decem personae non inveniebantur, vocabatur ad bonorum possessionem. bene autem dixit extraneo manumissori, nam si una ex his personis fuisset quae eum quodammodo emerat [170]) et manumiserat, VIIII reliquis praeponebatur.

f. 73. 323. *9, 5 ingenuos*] Quia ingenui usque ad finitum gradum vocantur, in libertinorum vero bona usque ad quintum [171]) vocantur gradum.

324. *differentia*] Nota differentiam inter ingenuos et libertos.

325. *9, 6 nono loco*] Et est contrarium, quod dixit hic nono loco unde vir et uxor, adhuc [172]) superius dixit septimum, quia hic illas duas bonorum possessiones quae ex testamento descendunt numerat.

327. *9, 9 gradus*] Id est ex ea linea, veluti ex adgnatis.

f. 74. 328. *9, 10 utiles*] Omnes dies aut continuati aut utiles vocantur. Continuati sunt, qui cottidie et omnes computantur: utiles sunt, in quibus feriati dies excipiuntur et aegritudinis, vel si quis qualibet occupatione detineatur, sed tantum illi dies computantur, in quibus agere [173]) potest. in bonorum possessione et dies utiles continui reputantur.

329. *ne quis*] Ante enim apud praetorem intrabant et ab eo in bonorum possessionem mittebantur. sed modo dicit, quoniam quocumque modo vel apud quemlibet iudicem ut puta praesidem vel alium magistratum possit quis petere bonorum possessionem, dum tamen intra statutum tempus, et ostendat iustum iudicium sibi admittere in bonorum possessionem.

330. *quocumque modo*] Hoc modo potest quis et infirmus eam petere per ostensionem voluntatis.

331. *10, 1 operarum*] Operae enim aut fabriles sunt aut officinales.

332. *minima*] Vacat ergo in hoc casu regula quae dicit: usufructuarius usufructuarium [173a]) facere non potest.

f. 75. 334. *11, 1 caveris*] *Nota, quia primo cavere eum dixit et sic *accedere ad hereditatem.

---

[170]) *sic em. Schrader*, erat *T* [171]) qu . . tum *T*[1] [172]) adhoc *T*[a]
[173]) age *T*[1] [173a]) usumfructuarium *T*

f. 75'. 335. *11, 2 defensor*] Nota, quia de herede [173 b]) defensorem dixit.

336. *11, 5 restitui potest*] Id est minor viginti quinque annis.

337. *libertates*] *Nota, quia adversus libertatem non est resti- *tutio propter regulam quae dicit: plus est status quam *restitutio.

f. 76. 338. *11, 6*] *Nota, quia in fraudem creditorum manumissus si *voluerit firmam habere libertatem, satisfacere debet cre- *ditoribus, quia mortis causa libertates dantur.

339. *12 pr. iudicia*] Ordinaria iudicia sunt quae formulis verborum continebantur.

340. *officio*] Inter vivos tribus modis debitor suis rebus defraudatur, id est si latitet, bona eius venumdantur, item si cessionem bonorum suorum fecerit, item si intra certum tempus non solverit.

f. 78'. 355. *15 pr. dari*] Ex qua stipulatione generali intellegitur idem vel in dando vel in faciendo.

356. *stipulatio*] Certa [173 c]) condictio est, quando puram rem stipulamur, id est decem aureos stipulatus est. quando incertam rem stipulamur, ut puta 'solidos qui inventi fuerint 'in sacculo tuo dare spondes'.

f. 79. 360. *15, 3 pacti*] Quia stipulantibus tacita pacta inesse videntur.

f. 79'. 361. *15, 4 transmittimus*] Quia condicionalis stipulatio et adhuc dum pendit transmittitur ad heredem.

f. 80. 362. *15, 7 poenam*] Quia ex hoc, quod suadet [174]) poenam interponi, non videtur dicere, quia si non interponatur valet [174 a]) stipulatio.

363. *subicere*] Veluti 'si domum mihi non aedificaveris, des X 'aureos poenae nomine'.

366. *16 pr. rei fieri*] Rei dicuntur, qui occasionem stipulationis fecerunt.

f. 80'. 367. *16, 1 obligatione*] Nota, quia in duobus reis [175]) stipulandi vel promittendi una est stipulatio vel rei [175 a]).

370. *17 pr. plerisque*] Plerisque ideo dixit propter usum fructum: nam si hereditas defuncti vicem optinet, usus fructus autem morte extinguitur, quanto magis ex defuncti persona nec adquiri potest per servum.

374. *17, 2 si servus*] Nota, quia servus in hoc casu personam habere videtur.

f. 81. 377. *18, 1 de dolo*] Si enim stipulatus sum ab aliquo, ut mihi servum daret, possum denuo ab eo per officium iudicis stipulari, ne quid eo doli committat: dum enim mihi tradit

---

[173 b]) de herede] heredem? [173 c]) certi? [174]) quod suadet *bis T* [174 a]) non valet (Sav.)? [175]) rei *T* [175 a]) res?

vel si fugerit, possum ab eo similiter stipulari, ita ut restituat aut pretium mihi reddat.

378. *legatorum*[176])] Diximus enim libro II. tit. XX., quia legata, quae sub condicione vel in diem dimissa sunt, non possunt ante expletam diem vel condicionem expeti. possum[177]) tamen per praetorem stipulari, ut mihi expromittat se completa die vel condicione legatum omnibus modis solvere.

379. *18, 2 damni infecti*] Possum enim per praetorias stipulationes a vicino meo stipulari, ne aedes ipsius corruentes mihi[178]) aliquod inferant damnum.

382. *paene*] Paene dixit, quia in contractu qui litteris fit conventionalis stipulatio poni non potest[179]).

383. *18, 4 veluti*] A praetore enim introductum est, ut tutor tempore quo constituitur satisdet rem salvam pupillo[180]) fore. quod si hoc fuerit praetermissum et debitorem pupilli voluerit tutor exigere, potest ab eo debitor per iudicis officium stipulari, ut satisdet rem salvam pupilli fore. invenitur stipulatio, quae a praetore quidem inventa est, a iudice aucta[181]), et ideo media vel communis vocatur. item[182]) a praetore introductum est, ut quicumque[183]) extranei negotia gerere voluerit, caveat rem ratam dominum habiturnm. quod si hoc ante iudicium fuerit praetermissum, potest in ipso iudicio per officium iudicis talis stipulatio procedere, et ideo communis vocatur quia haec a praetore inventa est.

f. 82. 386. *19, 2 servus*] Nota, quia si non dolo promissoris manumittatur servus qui in stipulationem venit, promissor liberatur.

f. 82'. 390. *19, 6 ab eo*] A filio enim de castrensi peculio stipulari potest pater.

f. 83. 391. *19, 8*] *Nota, quia si promissor abnuat, non facit firmam *stipulationem.

393. *19, 10 parentis*] Nota, quia filius in potestate patris positus impubes nec auctoritate patris obligatur.

394. *19, 11 impossibilis*] Impossibilis recte: in legatis impossibilis condicio pro supervacua habetur et legatum tamquam pure factum solvitur, quia legatum ex sola voluntate testatoris descendit et non videtur illudere voluisse eum, cui nulla necessitate compulsus aliquid donat. in stipulationem vero merito impossibilis condicio promissionem infirmat,

---

[176]) *in T gl. 378 post 379 scripta est* [177]) possunt *T* [178]) minhi *T*ᵃ [179]) vel propter sacras aedes *add. T*² [180]) a pupillo *T* [181]) a uudice aa(*vel* ā̄a)ucta *T* [182]) idem *T* [183]) ut cumque (*om.* qui) *T*

quia ipse videtur illudere, qui in stipulando pro se minus est cautus.

f. 83'. 395. *19, 12 post tempus*] Id est iniuste.

396. *celeritatem*] al. claritatem.

f. 84. 398. *19, 13 in dotibus*] Talis enim stipulatio in dotibus erat, quotiens a viro suo mulier stipulatur: 'si sine filiis de'cessero [184]), das mihi dotem meam, ut in ea mihi testari [185]) 'liceat?' et haec praepostera dicebatur.

399. *19, 17 si scriptum*] Quia si quis in instrumento etiam . . . . . . [186]) stipulatione spoponderit, ita firmum est, tamquam si a stipulatione promissio processisset.

400. *19, 18 videntur*] Qui plures stipulatur, plures stipulationes componit.

f. 84'. 401. *19, 19 quod sua*] Propter tutorem et curatorem et alios similes.

402. *poenam*] Quia sicubi poenam quis stipuletur, non intenditur utrum intersit illi.

406. *19, 20 sed et si quis stipuletur*] Si quis alii stipuletur cum eius interest, id est a contutore contutor pupilli rem salvam fore.

f. 85. 407. *19, 23*] *Inutilis est stipulatio, quando de alia re pro*missor, de alia stipulator dicit.

410. *19, 26*] *Nota, qui hoc anno dare promisit ante finem *eius peti non potest.

411. *19, 27 stipuleris*] Id est interrogas, quia qui stipulatur agrum firme stipulatur, licet nomen non adiecerit. item nota, quia qui plures stipulatur, id est interrogat, videtur tacite tantum spatii concedere promissori, ut ex hoc inopes petentes dilationem in solvendo iuvari possint.

f. 85'. 412. *20, 1 naturaliter*] Bene dixit naturaliter: nam si sola stipulatione et non naturaliter habeam servum meum obligatum, non recte ab eo fideiussores accipio.

414. *20, 4 litis contestatae*] Si post litem contestatam fideiussor inops fuerit, pars ipsius [187]) ceteros fideiussores non onerat; si vero ante litem contestatam solvendo non sit, tunc onus illius ad ceteros pertinet, et ipsi pro illo tenentur.

f. 86. 415. *20, 8 (scriptum sit?)*] Quia quodcumque scriptum erit in sponsionem fideiussoris, hoc videtur tamquam ex praesumptione descendere, et quidquid per scripturam fideiussor egerit, hoc sollemniter actum videbitur.

416. *21 rubr.*] Litterarum obligatio est vetus debitum in novum mutuum adsimilatum verbis et litteris formulatis.

---

[184]) decesserit T^a [185]) testare T^a. [186]) non adhibita? [187]) ip' T

f. 86'. 417. *21 pr. creditores*] Qui certissime pecuniam mutuaverunt.

420. *22 pr. scripturae*] Scriptura in litteris, praesentia in verbis, datione in re.

f. 87. 422. *23 pr. arra*] Nota, arrarum dationem argumentum non firmam venditionis constitutionem.

423. *completiones acceperint*] Quia post[188]) completionem tabellionis non valet instrumentum, nisi a partibus fuerit absolutum.

f. 89. 426. *23, 3ª adhuc ipse*] Nota, quia venditor venditae rei adhuc etiam est dominus post constitutum contractum, dum tamen non tradidit rem.

427. *24, 1 si alieno*] Id est si alterius petierint aestimatione quanti debent persolvere.

f. 89'. 429. *particularis*] Nota, quod partis appellatione non significatur media pars.

f. 90[189]). 430. *25, 9 culpae nomine*] *Nota, quando utraque pars ex con-*tractu lucratur nec tamen media diligentia exigitur.

431. *26, 2 tibi deleget*] Irrita legati[190]) referunt responsa Pelasgis[191]).

f. 90'. 432. *26, 8 sane*] Nota benignitatem suptilitati anteferri.

434. *26, 10 ignorans*] Nota, quod nemo ex iusta et probabili ignorantia damnum pati videtur.

f. 91. 436. *liberto*] Id est ipsi dispensatori.

437. *26, 13 mercede*] Vel si definita non sit, vel non in pecunia numerata est.

438. *27 pr. quasi ex contr.*] Quasi contractus est quod quidem a contractu separatur nec delicto subiacet, legalem tamen habet confirmationem: hoc autem non est definitio sed subscriptio, eo quod tam ex distractu quam ex constitutione rerum substantiam capit.

439. *27, 1 ignorantis*] *Hoc ergo significat, quia in contractibus *nullus ignorans obligatur.

f. 91'. 440. *utiliter*] Bene dixit utiliter, alioquin non haberet contrariam negotiorum actionem.

441. *27, 3 communis*] Actio, quam habent communi dividendo socii ad invicem, non ex contractu est, sed ex legato, ut partiantur communem rem.

442. *sine*] Id est consensu.

443. *socius eius solus*] Solus, id est sine societate: est enim differentia inter eos qui societatem et eos qui communionem habent, quod ii qui societatem habent consensu vel obligationibus ad invicem obligantur, ii[192]) vero qui communionem habent eventu et ignorantia sibi coniuncti sunt.

---

[188]) post] postquam T^a [189]) *in folio deperdito non nisi una glossa videtur fuisse* [190]) legatis T^a [191]) epitome Iliadis 696 (Poetae Latini min. ed. Wernsdorff) [192]) hi T^b

444. *necessarias*] Hae[193]) sunt impensae quae necessariae dicuntur: veluti fundo vicinus fluvius erat et deteriorem fundum cottidie faciebat, ideoque impensas unus ex sociis fecit, ut inundationem fluvii evitaret. haec et si quae sunt similes.

445. *27, 4 qui coheredi*] Hoc iudicium in hereditate locum habet, communi dividundo in legatis et donationibus.

446. *his*] Id est hereditariis.

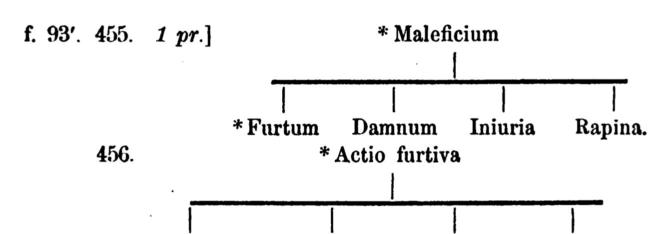
447. *27, 6 errorem*] In libro[194]) tamen digestorum titulo XVII contractum hoc vocat non sponte factum[195]).

f. 93. 454. *29, 3 si quid in poster. stipul.*] Sciendum, quia et in hoc cognoscitur novatio, si aliquid novi addatur; veluti si prima stipulatione in decem tantum solidos manente secunda in quindecim facta est. alioquin si aliquid detrahatur, non fit novatio, veluti si decem solidorum prima stipulatione manente secunda in quinque facta est, non valet novatio.

Liber quartus.

f. 93'. 455. *1 pr.*]

456.



457. *quattuor*] Si superius agnovimus in sex dividi quasi contractus, quare hic dicit quattuor? et dicimus, quoniam ita disputavit: negotiorum gestorum, tutelae, familiae autem erciscundae et communi dividendo pro uno numeravit, quod superius pro duobus posuit, ex testamento. indebitum condictitii nec disputavit, qnoniam communis est.

458. *ex re*] Id est ex facto.

461. *fraudulosa*] Deest huic definitioni 'invito domino', in tantum, quia si omnia concurrant, et hoc solum desit, furtum non committitur[196]).

462. *etiam*] Ideo dixit vel usus eius possessionisve, non solum enim ille fur est qui ipsam rem furatur, sed etiam si quis rem alienam possidens male utatur invito domino, ut puta si pignore quod possidet utatur nolente debitore, aut aliter quam accepit utatur.

f. 94. 463. *1, 3 manifestus*] *Haec est differentia. nam manifestus *in quadruplum, nec manifestus in duplum tenetur.

---

[193]) heae *T* [194]) in L. libro? [195]) l. 19 pr. de r. i. (50, 17) [196]) committit *T*

465. *1, 4 conceptum* [197])] Sciendum, quia apud quem invenitur furtum, furti concepti actione teneri, quamvis fur non sit ipse apud quem invenitur.

466. *est etiam prohibiti?*] Ita enim fiebat, ut is, qui in alienam domum introibat ad requirendam rem furtivam, nudus ingrediebatur discum fictile in capite portans, utrisque manibus detentus.

f. 94'. 467. *scientes*] Bene addidit scientes: si enim nesciant, non tenentur in poenam, sed ad restitutionem.

468. *1, 5 servi*] Sciendum pro servo dominum redditurum.

469. *1, 6*] *Exponit hoc quod superius dixit: vel ipsius rei *vel usus etiam ipsius possessionis.

470. *1, 7 extra crimen*] Nota, quia privatum peccatum crimen vocavit.

470[a]. *1, 8*] *Nota, quando secundum voluntatem domini res *contractetur et tamen furtum committitur, et quando non *corrupto servo servi corrupti actio m.....

f. 95. 472. *1, 8 concurrant*] Al. concurrunt.

472[a]. *1, 9*] .... l' ..t... h .... cum interest patris [198]) eum non furari. puta enim quod poterat in eum venire hereditas: et [199]) usus fructus in eum [200]) venisset.

472[b]. *1, 10 in factum actio*] In factum actio adversus eum q iss cme ..... [201]) nam adversus eum qui abstulit furti competit.

473. *1, 11 consilio*] Consiliari videtur, qui suadet, qui compellit et exponit ei qualiter agat. opem dare videtur [202]) qui et .... [203]) ministrat et iuvat ad faciendum.

474. *1, 12 sed furti*] Quia ex castrensi peculio potest sibi pater compensare vel ex aliis.

f. 95'. 476. *1, 14 potius*] Prius debet creditor de amisso pignore agere ut recipiat pignus a fure et deinde cum debitore ex debito agat. et quia debitor plerumque inops efficitur, ideo creditor habeat pignus pro debito.

479. *1, 15 aestimationem*] Quod veram [204]) etiam aestimationem significat.

480. *1, 16 sive commodati*] Quasi rem commodatam marito uxor rapuerit ei qui commodatum dedit. contra uxorem non competit actio, sed tantum contra maritum: nam hoc specialiter legitur libro sexto codicis titulo de furtis const. ultima.

481. *electa*] *Nota, quia altero electo alter liberatur.

---

[197]) *haec glossa ad v.* propria actio *iterata est* [198]) patri *T* [199]) ut *T*[a] [200]) eo *T* [201]) qui furi opem tulit *vel similia requiruntur* [202]) videtur *bis T* [203]) furi? [204]) veram] *T*? suam *Sav.*

Ueber die Bedeutung des Satzes der XII Tafeln Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus est, adversus hostem aeterna auctoritas.

Von

Herrn Professor Dr. Burckhard in Jena.

I.

In einer Zeitschrift für Rechtsgeschichte Etwas über die Berechtigung zu einer derartigen Untersuchung, wie die vorliegende ist, zu sagen, dürfte überflüssig sein. Es braucht eben nur Bezug genommen zu werden auf die unbestrittene Berechtigung der Rechtsgeschichte selbst: was für das Ganze gilt, muß auch gelten für die Theile, und jeder Baustein, der beigetragen wird zur Ausfüllung einer Lücke in dem doch immer noch nicht vollendeten Gebäude, sowie jeder, der an Stelle eines fehlerhaften gesetzt wird und dem Gebäude eine festere Stütze giebt, muß für das Ganze und im Ganzen seinen Werth haben. Einen fehlerhaften Stein herauszunehmen und statt der vielfach versuchten Reparaturen desselben einen neuen meines Erachtens dauerhafteren einzufügen, ist der Zweck dieser Abhandlung.

Ich betrachte, wie sich aus der Ueberschrift dieses Aufsatzes ergiebt, die beiden Sätze der XII Tafeln, welchen Jacobus Gothofredus und Dirksen einen Platz in verschiedenen Tafeln anweisen, als zusammengehörig. Aeußere strict beweisende Gründe für diese Ansicht kann ich allerdings nicht beibringen, vielmehr wird in den Quellen stets jeder Satz gesondert von dem andern erwähnt, woraus jedoch, wie wir sehen werden, ein Gegenargument wenigstens nicht herzuleiten ist. Aber das Gewicht der innern Gründe ist ein derartiges, daß wir meines Erachtens berechtigt sind, diese Verbindung anzunehmen.

Bekanntlich wissen wir nur von einigen Sätzen mit Bestimmtheit, auf welchen Tafeln sie gestanden haben[1]); für die

[1]) z. E. die Bestimmungen über die gerichtliche Vorladung des Beklagten in der ersten, über das Recht des paterfamilias gegenüber seinen Hauskindern in der vierten, über die Feierlichkeiten bei Leichenbegängnissen in der zehnten Tafel u. a. cfr. Dirksen, Uebersicht der bisherigen Versuche zur Critik und Herstellung des Textes der Zwölftafelfragmente 1824. pg. 11. Schöll, Legis duodecim tabularum reliquiae 1866. pg. 70. N. 1.



Stellung der übrigen fehlen uns sichere Anhaltpuncte. Daher wird von Manchen [2]) jeder Versuch, den einzelnen Sätzen einen Platz in bestimmten Tafeln anzuweisen, als verkehrt oder doch unnütz und einer soliden Grundlage entbehrend verworfen. Man muß dies im Ganzen als richtig anerkennen. So lange wenigstens ein solches Verfahren auf keine anderen Gründe gestützt wird, als die sind, welche Gothofredus und nach ihm Dirksen anführen, steht man nur auf dem Boden einer sehr zweifelhaften Hypothese. Die Ansicht des letztgenannten Juristen, der allerdings auf den Schultern des Erstern steht, aber mit großem Scharfsinn dessen Gedanken noch weiter ausführt, geht dahin [3]): man dürfe den Decemvirn nicht gut eine nach den Forderungen der Wissenschaft bestimmte Consequenz bei der Abgrenzung ganzer Rechtsgebiete und bei der Unterordnung analoger Sätze unter ein gemeinschaftliches Princip zumuthen, aber unzweifelhaft hätten sie die einzelnen Rechtssätze ihrer Compilation nach einem gewissen System abgehandelt und die einzelnen Gesetztafeln zur Aufnahme ganzer Hauptmaterien bestimmt; das hauptsächlichste Hilfsmittel für die Erforschung dieses Systems seien die in den Pandecten enthaltenen Fragmente aus Gaius' Zwölftafelcommentar in sechs Büchern, weil sich für das — von Dirksen als gewiß angenommene — Verfahren des Gaius, je zwei Gesetztafeln in den einzelnen Büchern zusammenzufassen, ein hinreichender Erklärungsgrund entdecken lasse in der innern Verbindung der durch die Decemvirn in je zwei Tafeln abgehandelten Materien.

Gegen diese Annahme, daß je zwei Tafeln zusammengehören, und gegen deren Begründung durch den Umstand, daß der Zwölftafelcommentar des Gaius aus sechs Büchern besteht, hat sich vor Allen Puchta [4]) erklärt. Ihm haben dann Andere beigestimmt, so in neuerer Zeit Rudorff [5]) und Schöll [6]).

---

[2]) cfr. z. E. Puchta, Kleine civil. Schriften (Nr. II. Adversus hostem aeterna auctoritas) pg. 57. ff.

[3]) a. a. O. pg. 100 ff.

[4]) a. a. O. (diese Abhandlung ist vor dem Werk von Dirksen geschrieben, seine Argumentation ist daher hier nur gegen Jac. Gothofredus gerichtet), u. Curs. der Instit. I. §. 55. (hier ist auch die Ansicht von Dirksen verworfen).

[5]) Röm. Rechtsgesch. I. pg. 261. Anm. 3.

[6]) l. c. pg. 67 squ.

Ich schließe mich dieser Ansicht unbedenklich an. Aber damit ist natürlich nicht gesagt, daß wir einen jeden Satz der XII Tafeln, der uns von den Classikern aus dem Zusammenhang herausgerissen überliefert ist, als einen selbständigen, für sich bestehenden zu betrachten hätten. Denn darin hat Dirksen offenbar Recht und das wird auch von Niemand bestritten werden, daß die Decemvirn nicht ganz planlos die verschiedenartigsten gar nicht zusammengehörigen Bestimmungen neben einander gestellt haben, etwa in der ersten Tafel eine Bestimmung über das Verfahren gegen den insolventen Schuldner, dann eine über den Erwerb des Eigenthums durch Mancipation, dann in der zweiten Tafel wieder eine processualische Bestimmung über den insolventen Schuldner, darauf über obligationes ex delicto, dann einen Eigenthumserwerb anderer Art u. s. w.; durch irgend einen Grund der Zusammengehörigkeit der einzelnen Sätze werden sich die Decemvirn bei einem so umfassenden und tief eingreifenden Gesetze wohl haben leiten lassen, zum Theil durch innere, zum Theil durch äußere Gründe [7]. Wenn man einen solchen Zusammenhang zweier Sätze nachweisen oder doch höchst wahrscheinlich machen kann, so steht dem der Umstand, daß die Ansicht Dirksen's in dieser Allgemeinheit falsch ist, nicht entgegen, und das Zusammenfassen zweier Sätze hat um so mehr Berechtigung, wenn dadurch jeder der beiden Sätze eine bessere Erklärung findet [8].

---

[7]) Ein solcher äußerer Grund der Verbindung, eine äußere Uebereinstimmung zweier Sätze wäre z. E. vorhanden bei der Bestimmung über Ersitzung überhaupt und der Anwendung der Usucapion auf die conventio in manum (nach Dirksen Tab. VI. 3 u. 4), ferner bei der Vorschrift über Mancipation und über Bestrafung einer Verletzung der bei diesem Act vorgekommenen Verabredung (nach Dirksen Tab. VI. 1 u. 2); so kann das Usucapionsverbot der fines sehr wohl auf Veranlassung der über den finis bei landwirthschaftlichen Grundstücken festgestellten Grundsätze von den Decemvirn proponirt sein und ebenso die Bestimmung über ambitus bei Gebäuden (nach Dirksen Tab. VII. 4. 2. 1). cfr. Dirksen pg. 293 ff.

[8]) In dieser Weise möchte ich die Ansicht von Mommsen Diss. inaug. de auctoritate pg. 19 — der die Lösung des Satzes usus auctoritas etc. aus der Ordnung von Dirksen sucht, weil man entweder an solchen Fragen überhaupt verzweifeln oder sie nach einer bestimmten Ordnung der Gesetze lösen müsse — modificiren. Denn da die von Dirksen angenommene Ordnung selbst nicht mit Sicherheit nachgewiesen werden kann, so leiden die darauf gestützten Erklärungsversuche nothwendig an dem Mangel eines sicheren Obersatzes.

Dies ist nun meines Erachtens der Fall bei den beiden uns in verschiedenen Stellen der Classiker getrennt überlieferten Fragmenten: usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus est und adversus hostem aeterna auctoritas. Doch braucht man darum keineswegs mit Hugo (Gesch. des R. R. 7. Aufl. §. 96) anzunehmen, daß alle Usucapionsverbote bei dem die Usucapion feststellenden Satz gestanden hätten, denn für die andern lassen sich andre Stellungen aus äußern Gründen, die unzweifelhaft auch maßgebend waren, wohl rechtfertigen [9]).

Die Gründe für diese meine Meinung werde ich später beibringen bei Erörterung der Frage nach der Bedeutung dieses Satzes. Zunächst muß ich aber etwas ausführlicher die Ansichten der beiden Schriftsteller kritisiren, mit denen ich dadurch in Widerspruch trete, nämlich Dirksen und Puchta, wenn auch Erstrer seine Negation blos auf die äußere Zusammengehörigkeit in den Tafeln bezieht, indem er den einen Satz in die dritte, den andern in die sechste Tafel stellt, während Puchta weiter geht und behauptet, der Satz adversus hostem aeterna auctoritas habe keine oder doch keine specielle Beziehung auf die Usucapion. Auf die Ansicht von Mommsen [10]) — der sich zweifelhaft ausdrückt, „es sei keine Erläuterung möglich, weil die Stellung von adversus hostem etc. nicht anzugeben sei", der aber doch auch, wie aus den beiden nach ihm möglichen Deutungen hervorgeht, die beiden Sätze als zusammengehörig auffaßt, während er freilich in dem „adversus hostem etc." sowenig wie in dem „usus auctoritas etc." eine Beziehung auf die Usucapion findet — werde ich erst später eingehen.

II.

Dirksen (pg. 220 ff.) stellt mit Gothofredus den Satz adversus hostem etc. in die dritte Tafel, nur nicht wie dieser an

[9]) Ueber das Usucapionsverbot der fines cfr. oben N. 7. Das Verbot hinsichtlich der einer mulier in tutela agnatorum gehörigen res mancipi schließt sich passend an die Bestimmung über die tutela mulierum an (bei Dirksen Tab. V. 1. 2); das der res furtiva hängt eng zusammen mit den Vorschriften über furtum (bei Dirksen Tab. VIII. 12—16. 17) und ebenso das des forum bustumve mit dem ius sacrum und speciell der Bestimmung, daß ein rogum bustumve novum nicht näher als 60' an einem fremden Gebäude stehen dürfe (bei Dirksen Tab. X. 10. 11).

[10]) l. c. pg. 19. 20.

die dritte Stelle, sondern an den Schluß, also getrennt von dem in die sechste Tafel aufgenommenen Satz usus auctoritas etc. Zu diesem Verfahren findet sich aber in der That kein hinreichender Grund. Das einzige Referat, welches wir über dieses Fragment haben, ist das von Cicero de offic. I. 12:

> Hostis enim apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus. Indicant XII Tabulae, ut: „status dies cum hoste," itemque „adversus hostem aeterna auctoritas".

Daraus kann man natürlich für die Stellung gar nichts entnehmen. Der Satz ist, herausgerissen aus allem Zusammenhang, als Beleg gebraucht für die gleiche Bedeutung von hostis und peregrinus; es ist eben nur ein Satz der XII Tafeln. Als Grund, warum nun doch dieser Satz in die dritte Tafel verwiesen wird, ist von Gothofredus, dem Unterholzner (Verjährung durch fortges. Besitz §. 10. Nr. 3. N. h.) und Dirksen selbst folgt, eine Stelle aus dem zweiten Buch des Zwölftafelcommentars von Gaius angeführt, welche uns in l. 234 pr. de V. S.[11]) erhalten ist. Dirksen macht sich zwar (pg. 222) selbst den Einwand, „daß die unbestimmte Aussage des Gaius nur bestätige, wie der Ausdruck hostis in der dritten Tafel vorgekommen sei, ohne aber irgend etwas über die Verbindung, in welcher dieser Ausdruck daselbst gebraucht worden, zu beglaubigen", sucht aber die Stellung dieses Usucapionsverbots in der dritten Tafel, welche nach ihm die Darstellung des Creditverfahrens gegen insolvente Schuldner enthalten hat, dadurch zu rechtfertigen: „die Decemvirn möchten sich bei Gelegenheit der Sclaverei, zu welcher sie den zahlungsunfähigen Schuldner verdammten, bewogen gefühlt haben, den Creditoren desselben, welche von ihrem Recht mit der äußersten Strenge Gebrauch gemacht hatten, allen Anspruch auf Erwerb an den etwaigen Gütern dieses Schuldners, und zwar selbst auf den indirecten Erwerb durch Verjährung, ausdrücklich abzuerkennen". Zunächst ist nun aber diese Gegenargumentation

[11]) Quos nos hostes appellamus, eos veteres perduelles appellabant, per eam adiectionem indicantes, cum quibus bellum esset. §. 1. Locuples est, qui satis idonee habet pro magnitudine rei, quam actor restituendam esse petit. §. 2. Verbum vivere quidam putant ad cibum pertinere. Sed Ofilius ad Atticum ait, his verbis et vestimenta et stramenta contineri; sine his enim vivere neminem posse.

gegen den selbstgemachten Einwand etwas gesucht und wird schwerlich viel Anhänger finden; es ist fast, als ob Dirksen so viel Schärfsinn nur aufgewendet habe, um die Ansicht des Gothofredus, der ihm doch bei andern Fragen nicht solche Autorität ist, zu retten, denn wenn man nicht von der vorgefaßten Meinung ausgeht, kann man durch diesen Grund kaum überzeugt werden. Dann aber kommt noch dazu, daß die Dirksen'sche Beweisführung sich auf seine selbst noch des Beweises bedürftige Grundansicht stützt: weil die l. 234 cit. aus dem zweiten Buch von Gaius' Commentar stamme, habe die Stelle in der dritten Tafel gestanden (in der vierten könne sie nicht enthalten gewesen sein, weil diese von der potestas handle). Und dagegen läßt sich gerade hier ein erheblicher Grund beibringen. Dirksen geht davon aus, Gaius habe schrittweis je zwei Tafeln in einem Buch commentirt. Puchta (Instit. I. §. 55) bemerkt hiergegen mit Recht, aus Gaius' Commentar sei nur anzunehmen, daß eine von ihm an einem frühern oder spätern Ort behandelte Materie auch im Gesetz vor- oder nachgestanden habe. Diese Bemerkung ist aber nicht blos auf ganze Materien, sondern auch auf einzelne Stellen und einzelne Worte zu beziehen. Denn wenn man das Verfahren eines Commentators im Auge behält, so wird man zugeben müssen, daß ein Wort, welches der Erörterung bedarf, sich höchst wahrscheinlich da erörtert findet, wo dieses Wort zuerst vorkommt. Nun steht nach Dirksen selbst in einer frühern Stelle der XII Tafeln (Tab. II. 2) schon einmal der Ausdruck hostis (status dies cum hoste) und darauf ist nach dem eben Bemerkten die Erklärung des Gaius zu beziehen [12]). Gegen Dirksen spricht denn auch die Reihenfolge, in welcher Gaius die Worte hostis, locuples und vivere in l. 234 cit. commentirt: zuerst hostis, dann locuples, dann vivere; Dirksen aber dreht die Ordnung geradezu um: er stellt den Satz, in welchem vivere vorkommt, in Tab. III. 4, den Satz, der zur Erklärung von locuples Veranlassung gegeben hat, in Tab. III. 6 [13]), und

---

[12]) cfr. auch Schöll l. c. p. 70. 71.

[13]) Diese Anordnung trifft Dirksen wenigstens da, wo er eingehend die Stellung dieser Sätze erörtert, pg. 219. Am Schluß freilich, in der Uebersicht der einzelnen Zwölftafelfragmente (p. 724 ff.) setzt er locuples in Tab. III. 3 und vivere in Tab. III. 4, was wegen der Reihenfolge in l. 234, wie gesagt, gewiß richtiger ist; um so weniger hätte er aber dann

den Satz, auf den sich nach ihm das Principium mit der Erläuterung von hostis bezieht, in Tab. III. 7, während es — wenn man im Uebrigen seine Tafelanordnung beibehalten will — gewiß richtiger ist, das Principium der l. 234 auf Tab. II. 2 zu beziehen, und die Stelle, die der Ausdruck locuples betrifft, in Tab. III. 4, die Stelle mit vivere in Tab. III. 6 zu setzen.

Da nun der Umstand, daß das Wort hostis im zweiten Buch von Gaius' Zwölftafelcommentar erläutert wird, der einzige Grund ist, warum das Fragment adversus hostem aeterna auctoritas als in der dritten Tafel stehend angenommen wird, dieser Grund aber nach dem eben Ausgeführten diese Behauptung nicht beweist, so haben wir zunächst das negative Resultat gewonnen, daß wir keinen Anhalt haben, die beiden Fragmente usus auctoritas etc. und adversus hostem etc. als selbständige, unter einander nicht im Zusammenhang stehende Sätze anzunehmen. Den Nachweis der positiven Behauptung, daß beide wirklich zusammengehören und verbunden gewesen sind, werde ich später zu führen versuchen. Vorläufig mag darauf hingewiesen werden, daß nach Dirksen's eigenem Plan die Bestimmung adversus hostem etc. viel eher in die sechste Tafel, die nach ihm den Abschnitt über das Eigenthum und darin auch den Satz usus auctoritas etc. enthalten hat, gehört. Mit dem Wegfall des einzigen Grundes, den Satz adversus hostem in eine andre Tafel aufzunehmen, wird die Wahrscheinlichkeit, daß er da gestanden habe, wohin er nach einem inneren Zusammenhang gehört, eine sehr große. —

Von Puchta's Ansicht ist hier nur Dasjenige zu erwähnen, was sich auf die Bedeutung des Satzes adversus hostem aeterna auctoritas bezieht, wodurch — weil dieser Satz nach Puchta nicht eine specielle Beziehung auf die Usucapion, sondern eine allgemeinere hat — die Nichtzusammengehörigkeit mit usus auctoritas etc. begründet wird.

---

die im princ. enthaltene Erklärung von hostis auf eine spätere Stelle (Tab. III. 7) beziehen dürfen. Zu bemerken ist, daß das Wort locuples selbst uns außer dem Commentar des Gaius nicht als in den XII Tafeln stehend erhalten ist, daß es sich auf den Bürgen bezogen hat und in den Worten „aut quis endo em iure vindicit“ enthalten gewesen ist, cfr. Dirksen pg. 219.

Puchta[14]) verwirft zunächst, wie schon erwähnt, das Bestreben, die einzelnen Fragmente auf bestimmte Tafeln zurückzuführen, weil wir dafür nicht genügenden Anhalt hätten. Ich stimme ihm, wie gleichfalls erwähnt, darin bei. Hingegen halte ich seine specielle Ansicht über das Verhältniß von adversus hostem etc. zu usus auctoritas etc. nicht für richtig. Er gesteht[15]) die gewöhnliche Auffassung, die aus der ersteren Bestimmung den Satz schließt, ein Peregrine könne nicht usucapiren, als berechtigt zu, meint aber, es liege darin nicht der unmittelbare Ausdruck dieses Satzes, sondern es habe vielmehr das Wort auctoritas eine viel allgemeinere Beziehung, als die besondre Anwendung auf die Usucapion. Das ist es, was ich bestreite: ich glaube, daß die Bestimmung adversus hostem aeterna auctoritas durchaus keine andere Beziehung hat, als gerade auf die Usucapion, bezüglich auf den andern Satz usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus est. Aber prüfen wir vorher die Puchta'sche Ansicht. Er geht davon aus, daß das Wort auctoritas das Juristische an einem Verhältniß, die Rechtsgiltigkeit im Gegensatz zum blos factischen Moment, bedeute. Ich will dies, da eine genauere Erörterung dieser Frage hier noch nicht am Platz ist, vorläufig als richtig annehmen. Dann fährt er fort: Wenn das die Bedeutung von auctoritas sei, so sage unsere Stelle, ein Peregrine sei eines römischen Rechtsverhältnisses unfähig, das Subject desselben bleibe es rechtlicher Weise immer, wenn gleich etwa von seinem Recht die factische Ausübung auf einen Fremden gekommen sei. Die Bedeutung des Satzes sei nicht blos die gewesen, daß dem Eigenthümer stets ein Rückforderungsrecht zugestanden habe — eine Ansicht, gegen welche man den Einwand erhoben habe, daß dann das Gesetz eigentlich für Peregrinen gegeben sei —, vielmehr habe diese Bestimmung auch ein politisches Interesse gehabt, nämlich insofern: auf Eigenthumsveränderungen in der Zwischenzeit von einem Census zum andern sei keine Rücksicht genommen worden, der frühere Eigenthümer habe in dieser Zeit doch noch das Tributum zahlen müssen; dagegen habe man sich bei Eigenthumsveränderungen unter Römern sichern können durch Vertrag mit dem neuen Eigenthümer;

[14]) Kleine civil. Schr. pg. 60.
[15]) pg. 52.

anders aber sei es gewesen, wenn bei einem unglücklichen Krieg Land verloren ging, indem man hier einen doppelten Nachtheil erlitten habe, außer dem Verlust des Landes noch Fortzahlung des Tributum; und der Rechtsgrund hierfür sei gewesen: adversus hostem aeterna auctoritas; das Eigenthum sei an sich nicht verloren gegangen, sondern als fortdauernd angenommen worden, so lange, bis man etwa beim nächsten Census erklärt habe, man habe sein Eigenthum derelinquirt.

Ich weiß nicht recht, wie Puchta das Verhältniß unserer Stelle zu den eben entwickelten Grundsätzen auffaßt. Meint er, dieser Satz sei aufgestellt worden, um einen Rechtsgrund für die schon bestehende Verpflichtung zur Fortzahlung des Tributum zu haben, oder aber, weil dieser Satz bestanden habe, habe das Tributum fortgezahlt werden müssen? Ersteres ist wohl kaum anzunehmen, eine Motivirung bestehender Rechtsverhältnisse durch Aufstellung eines bestimmten Rechtssatzes ist einer Gesetzgebung jener Zeit entschieden fremd. Eher hat daher Puchta wohl gemeint, die Verpflichtung zur Fortzahlung des Tributum sei eine Folge dieses Satzes gewesen. Das wäre an sich denkbar, wenn wirklich das Eigenthumsrecht an einer in die Gewalt der Feinde gekommenen Sache ewig fortgedauert hätte, bis es etwa derelinquirt worden. Aber das ist doch in der That nicht der Fall. Ich kann mich dafür auf Puchta's eigene Ausführung im Cursus der Institutionen (II. p. 685) berufen, wo er wörtlich sagt: „zur Beute gehört auch das dem Feind Abgenommene, auch wenn es früher unser Eigenthum war; diese Eigenschaft hat es durch den Zwischenzustand feindlicher Gewalt unwiederbringlich verloren, es wird wie eine von jeher herrenlose Sache betrachtet". Und davon giebt es nur Ausnahmen für gewisse Sachen, insofern als sie, „wenn die Gewalt der Feinde über sie aufhört, in ihren frühern rechtlichen Zustand zurückkehren, also auch in das Eigenthum des früheren Eigenthümers, indem jener rechtlose Zwischenzustand getilgt wird". Das Eigenthum hat also nicht ewig gedauert, sondern es lebt nur wieder auf. Dabei kann man immer annehmen, daß die Verpflichtung zur Fortzahlung des Tributum bestanden habe: wenn auch nicht bis zur erklärten Dereliction — denn einmal kann man derelinquiren nur das, was man noch hat, und dann wäre es doch unbillig gewesen, wenn man durch die einzige Möglichkeit, sich von der Zahlung des Tributum zu

befreien, sich zugleich die Möglichkeit des Wiederauflebens des Eigenthums infolge des ius postliminii hätte entziehen müssen —, so doch bis zum nächsten Census, wo der Betreffende den Verlust seines Eigenthums angiebt, obgleich das wohl in den meisten Fällen notorisch gewesen sein wird.

Aber — und das ist der Hauptgrund gegen die Puchta'sche Ansicht von der weitern politischen Bedeutung unseres Fragments — Puchta vergißt bei seiner Deduction ganz, daß hostis gleich peregrinus ist, und zieht auf einmal den Begriff des Feindes herein! Und daß hostis in unserm Satz gerade die Bedeutung von peregrinus und allein von peregrinus hat, ist durch die einzige Stelle, in der uns dieser Satz erhalten ist, Cicero de offic. I. 12 unwidersprechlich klar belegt. Denn so fern stand Cicero den XII Tafeln nicht, daß man annehmen könnte, er trüge hier eine Bedeutung des Wortes hostis in den Satz hinein, die nicht darin läge. So sagt auch Puchta selbst (pg. 28 ff.), indem er die an sich mögliche Bedeutung von hostis als adversarius verwirft, daß man dies deßhalb nicht annehmen könne, weil hostis nie in dieser Bedeutung vorkomme, sondern stets als gleichbedeutend mit peregrinus gebraucht werde [16]).

Das Resultat unserer Critik ist also: Dirksen hat nicht bewiesen, daß unsere beiden Sätze äußerlich nicht zusammenhängen, Puchta hat nicht bewiesen, daß es an einem innern Zusammenhang fehlt, bezüglich daß sich adversus hostem aeterna auctoritas nicht gerade speciell und allein auf usus auctoritas etc. bezieht. Ich will im Folgenden den Nachweis zu führen versuchen, daß in der That ein äußerer und innerer Zusammenhang zwischen beiden Bestimmungen besteht, daß beide uns getrennt

---

[16]) Gegen diese von Puchta für möglich gehaltene und von ihm selbst verworfene Ansicht, wonach unser Satz sagen würde, es laufe während des Processes die Verjährung nicht zu Ende, spricht aber noch der andere Grund, daß gerade die Usucapion während des Processes läuft und vollendet wird, und daß dann nur die Usucapion wirkungslos ist, wenn Kläger als Eigenthümer siegt, weil ja Alles nach dem Augenblick der **Litiscontestatio** beurtheilt wird. Wäre das nach den XII Tafeln anders gewesen, so würde es sicher von den römischen Juristen nicht unerwähnt geblieben sein.

überlieferten Fragmente einen einzigen Satz bilden. Daß wir sie nirgends zusammenfinden, ist kein Gegengrund, denn bei einer Prüfung der einzelnen Stellen, in welchen sie uns erhalten sind, ergiebt sich, daß bei denselben stets nur die Veranlassung war, gerade von dem einzelnen Satz usus auctoritas etc. oder adversus hostem etc. zu sprechen, ohne Rücksicht auf ihre Verbindung. So erörtert Cicero de offic. I. 12 eben nur die Bedeutung von hostis, dazu brauchte die Bestimmung usus auctoritas etc. nicht angeführt zu werden; in den beiden andern Ciceronianischen Stellen, in denen uns der Satz usus auctoritas etc. erhalten ist, Topica cap. 4 und Or. pro Caecina cp. 19, dient dieser Satz als Beleg, dort für die Regel quod in re pari valet, valeat in hac, quae par est (die Bestimmung der XII Tafeln über den fundus gilt auch für aedes), hier mit demselben Beispiel in etwas anderer Wendung für die Behauptung, daß man nicht auf die Worte, die ja nur Träger des Willens, nicht Hemmnisse desselben sein sollten, sich steifen, sondern auf den wirklichen Sinn, den wahren Willen sehen müsse, und dazu wäre die Anführung der weitern Bestimmung adversus hostem etc. ganz überflüssig gewesen. Der Beweis für die positive Behauptung, daß die beiden Sätze wirklich äußerlich verbunden gewesen sind, trotzdem daß sie uns in den einzigen Quellen, die wir darüber besitzen, getrennt überliefert werden, wird sich freilich vorzüglich erst aus der innern Zusammengehörigkeit ergeben. Ein specieller äußerer Grund dafür, der auch abgesehen von der innern Beziehung beider Sätze zu einander für die Decemvirn Veranlassung gewesen sein mag, beide zu verbinden, liegt in dem Wort auctoritas und in der in Bezug auf diese auctoritas getroffenen zeitlichen Bestimmung bei beiden. Vielleicht könnte man auch das bei „adversus hostem aeterna auctoritas" fehlende „est" als einen Grund anführen. Denn wenn dieser Satz allein gestanden hätte, so würde er natürlich nicht ohne Prädicat gewesen sein, bei Cicero fehlt das est und doch lag hier keine Veranlassung vor, dasselbe, wenn es wirklich in den XII Tafeln gestanden, wegzulassen; während bei einem einzigen Satze, des Inhalts: „usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus est oder esto; adversus hostem aeterna auctoritas", das Prädicat für den zweiten Theil im Prädicat für den ersten liegt. — Diese äußern Gründe treten freilich nur adminiculirend

zu den innern hinzu. Und diese innern Gründe liegen einfach in der Bedeutung unseres Satzes.

III.

Ueber die Bedeutung, namentlich von usus auctoritas etc. sind die verschiedensten Ansichten aufgestellt und die verschiedenartigsten Erklärungsversuche gemacht worden. Es wird bei dem unsrigen darauf ankommen, die Bedeutung von auctoritas, die Bedeutung von usus und endlich die Bedeutung der hinsichtlich der auctoritas und des usus getroffenen Bestimmung zu erörtern. Es können hier nicht alle die verschiedenen Ansichten einzeln referirt und critisirt werden, sie machen zum Theil der Critik die Arbeit so leicht, daß man sie sich ersparen kann; bei der Darlegung meiner eignen Ansicht werde ich Einzelnes zu erwähnen Gelegenheit haben. Nur die Darstellung zweier Schriftsteller, die selbst, wie Jeder zugestehen wird, auf das Prädicat der auctoritas in unserm heutigen Sinn Anspruch haben, nämlich Mommsen und Puchta, bedarf einer etwas eingehenderen Prüfung, da ich erst nach Widerlegung ihrer Ansichten mir den Boden für die Aufstellung meiner eignen geebnet haben werde.

Mommsen's [17]) Ausführung, die sich übrigens in den Grundzügen schon bei Unterholzner (a. a. O.) findet, ist folgende:

Auctor sei der, der etwas gethan hat, auctoritas die Lage, die Eigenschaft eines solchen; wer etwas gethan hat, sei verantwortlich dafür und müsse den Schaden ersetzen. Im gewöhnlichen Leben sei Auctor derjenige, der mich gezeugt, im Recht der, der mich zum Eigenthümer gemacht hat; da er aber versprochen habe, mich zum Eigenthümer zu machen, so müsse er auch dafür einstehen, daß die Sache mein sei, daher sei Auctor is, qui evictionem praestat. Später werde überhaupt Jeder, der für etwas einzustehen hat, Auctor genannt. So sei die ursprüngliche Bedeutung des Wortes ganz vergessen und es werde dasselbe in einer der alten bisweilen ganz entgegengesetzten Bedeutung gebraucht. Vorwiegend sei aber auctoritas die Lage desjenigen, der, weil er mancipirt oder verkauft hat, für Eviction und Fehler

---

[17]) Diss. inaug. ad legem de scribis et viatoribus et de auctoritate. Kiliae 1843.

haftet; diese Verpflichtung des Verkäufers gehe aus der Mancipation von selbst hervor, bei der Tradition sei ein besonderer Vertrag, die duplae stipulatio, nöthig.

Hiergegen ist zunächst zu bemerken, daß der Auctor allerdings für Eviction haftet und daß das Wort in dieser Bedeutung wohl auch vorkommt, aber gewiß ist es nicht die alleinige und nicht die hauptsächliche, sondern nur eine abgeleitete, eine aus einer andern Bedeutung des Wortes sich ergebende; in den betreffenden Stellen, wo es so gebraucht ist, tritt nur diese Eigenschaft des Auctor, die Haftpflichtigkeit, besonders hervor.

Von dieser Auffassung ausgehend erklärt nun Mommsen unsere beiden Sätze der XII Tafeln. Usus auctoritas etc. soll heißen: fundo per biennium emtor utatur, venditor tamdiu auctoritatem accomodet evictionemque praestet, in ceteris rebus annus pro biennio observetur. Ich übergehe die Widerlegung der von ihm selbst (l. c. pg. 18. 19) beigebrachten scheinbaren Gegengründe, die, abgesehen davon, daß sie aus der Dirksen'schen Ordnung der Zwölftafelfragmente hergenommen ist, auch im übrigen nicht überzeugend erscheint. Es sprechen andere Gründe gegen die Richtigkeit dieser Paraphrase. Etwas bedenkliches hat es schon, sich mit dem usus durch die Worte: emtor utatur fundo per biennium abzufinden, und das Bedenken erhöht sich, wenn man ins Auge faßt, daß sich bei dieser Erklärung usus auf den Käufer, auctoritas auf den Verkäufer bezieht; ein solcher Sprachgebrauch dürfte sich kaum nachweisen lassen. Sodann ist bekanntlich aus diesem Satz von den römischen Juristen durch Interpretation die usucapio pro herede abgeleitet worden, indem sie die Erbschaft zu den ceterae res rechneten, und das hat doch mit Evictionspräſtation nichts zu thun. Und endlich, wenn wirklich die XII Tafeln wörtlich nur das Ende der Gewährspflicht des durch Mancipation dazu obligirten Auctors festgesetzt hätten, so wäre doch, wie Rudorff (zu Puchta Instit. II. §. 239 N. 6) richtig bemerkt, darin wenigstens gleichzeitig auch die Usucapion anerkannt, da die Liberation des Auctors nur in dem Erwerb eigner Gewähr des Successors ihren Grund haben kann. Diese Möglichkeit gesteht aber Mommsen nicht zu, denn er sagt, die Decemvirn hätten keine Veranlassung gehabt, von der Usucapion zu sprechen, da sie gar nicht die Grenzen derselben festsetzen und neu bestimmen, son-

dern nur die längst recipirten hätten anwenden wollen (pg. 19). Wäre aber nicht, wenn das Institut der Usucapion mit ihren Grenzen vollkommen ausgebildet gewesen wäre, die Aufnahme einer solchen speciellen Anwendung in dem Zwölftafelgesetz ganz überflüssig gewesen? ist es nicht eine reine einfache Consequenz, daß, wenn der Käufer in zwei Jahren selbst das Eigenthum erworben hat, der Käufer ihm nun nicht mehr dafür haftet, ein Dritter solle ihm gegenüber nicht mehr das Eigenthumsrecht geltend machen können?

Wie ich demnach diese Ansicht Mommsens nicht für begründet halten kann, so muß ich ihm auch opponiren in Betreff des Satzes adversus hostem aeterna auctoritas, hinsichtlich dessen er allerdings wegen Ungewißheit der Stellung dieses Fragmentes eine bestimmte Erläuternng nicht giebt, obgleich er zwei Interpretationen für möglich hält. Die eine geht dahin: einem Peregrinen müsse der Verkäufer immer Eviction präſtiren, weil wenn ein Römer einem Peregrinen eine Sache verkauft habe, der Peregrine, da er nicht usucapiren könne, fortwährenden Schutz fordere. Mommsen findet diese Interpretation selbst weniger passend, weil hier adversus gleich circa, quoad genommen werden müsse und diese Bedeutung, wenn sie auch vorkomme, doch die seltenere sei. Aber es spricht gegen diese Ansicht noch ein viel triftigerer Grund. Nach Mommsen selbst (pg. 15) kommt auctoritas als gesetzliche Haftverbindlichkeit nur beim Mancipium vor, während sonst stets Vertrag nöthig ist: der Peregrine ist aber doch der Mancipation ebensowenig fähig wie der Usucapion![18]) — Aber auch der andern von Mommsen für möglich gehaltenen Interpretation, wobei adversus in der gewöhnlichen Bedeutung vorkomme, kann ich nicht beistimmen. Mommsen legt den Fall zu Grunde: „ein civis hat einem civis verkauft, der gegen einen Peregrinen zu vertheidigen ist; da nun die römischen Gesetze für Peregrinen nicht bindend gewesen seien, so sei im iudicium recuperatorium die exceptio usucapionis nicht zugelassen worden, so daß der Verkäufer den Käufer einem Peregrinen gegenüber nicht zwei Jahre, sondern immer habe vertheidigen müssen." Es ist ja aber doch der Vertrag zwischen

---

[18]) Cfr. auch Puchta, Kleine civil. Schr. pg. 69. 70, dessen Argumentation gegen Mommsen's Vorgänger Unterholzner gerichtet ist.

zwei römischen Bürgern abgeschlossen und hinsichtlich der aus einem solchen Vertrag hervorgehenden Wirkungen sind doch die römischen Grundsätze maßgebend: die Haftpflicht für Eviction dauert so lange, bis die Usucapion vollendet ist; wollte man in dem von Mommsen angeführten Fall eine längere Haftpflicht annehmen, so würde in der That diese Bestimmung lediglich zu Gunsten der Peregrinen und zum Nachtheil der Römer getroffen sein. Und dann geht Mommsen bei seiner Behauptung, daß im iudicium recuperatorium die exceptio usucapionis nicht zugelassen worden sei, von der Voraussetzung aus, daß bei einem Rechtsstreit zwischen einem civis und peregrinus ohne Weiteres die Gesetze des Peregrinus maßgebend gewesen seien. Und das ist eine Voraussetzung, deren Richtigkeit man schon an sich nicht und am wenigsten in Bezug auf ein Institut, wie die Usucapion zugeben kann. Die usucapio ist bono publico introducta, es ist ein Rechtssatz, welcher doch wohl mit Ausschließung eines jeden andern Rechts für Sachen in römischen Händen gelten soll; wenn nun ein Römer eine Sache die erforderliche Zeit hindurch im Usucapionsbesitz gehabt hatte, kann da der Peregrine sagen: die Sache gehört mir und bei uns gelten die römischen Gesetze nicht?

Puchta's Ansicht über adversus hostem aeterna auctoritas ist schon früher besprochen und als unhaltbar bewiesen worden. Wir haben hier noch seine Auffassung von usus auctoritas etc. zu prüfen [19]).

Nach ihm sind die verschiedenen gewöhnlichen Bedeutungen von auctoritas als Ansehen, Urheberschaft, Vorgänger im Besitz, insbesondere als Verkäufer u. s. w. nicht genügend zur Erklärung unseres Satzes. Die beiden Worte usus und auctoritas hätten einzeln nicht dieselbe Bedeutung, wie in der Zusammensetzung, vielmehr werde, indem nicht etwa ein Wort die Grundbedeutung und das andere nur die modificirende Accession sei, sondern beide gleiche Wirksamkeit hätten, durch die Verbindung ein dritter Begriff geschaffen, dessen Quellen sie seien und an dessen Entstehung beide gleichen Antheil hätten, so daß die verknüpften Begriffe die Bestandtheile des neuen Begriffs ausmachten. Usus sei nun hier wie sonst Besitz und zwar nicht juristischer Besitz, sondern

---

[19]) A. a. O. pg. 32 ff. pg. 40 ff.

lediglich das natürliche Verhältniß, das factische Moment, auctoritas sei das rechtliche Moment, die rechtliche Giltigkeit des Verhältnisses zugleich mit dem bestimmten Sinn der Geltendmachung vor Gericht; die Verbindung usus auctoritas bezeichne nicht das Verhältniß, welches zwei Jahre gedauert haben müsse, damit die Sache usucapirt sei — das sei vielmehr nur vom usus gesagt —, sondern das Rechtsverhältniß, welches zu seiner Entstehung einen Zeitraum von zwei Jahren erfordere, ein zweijähriger usus erzeuge die usus auctoritas; diese unterscheide sich von usucapio dadurch, daß letztere die Handlung des Erwerbers in dem Moment, da er das Eigenthum durch fortgesetzten Besitz erwirbt, erstere das Rechtsverhältniß selbst mit Beziehung auf seine Entstehung bezeichne, während dem Inhalt nach beide nicht verschieden seien.

Zunächst möchte ich mich gegen die Argumentation wenden, durch welche Puchta die Verschiedenheit zwischen usus auctoritas und usus begründet. Er stützt sich nämlich darauf, daß unser Satz bei Cicero lautet: quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium; at in Lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium, quarum annuus est usus, also bei fundus der Ausdruck biennium, bei den ceterae res der Ausdruck annuus usus gebraucht sei. Für das seiner Natur nach fortdauernde Moment, den usus, sei das Adjectivum annuus gesetzt, welches den Zeitraum auf eine ähnliche continuirliche Weise bezeichne; für usus auctoritas hingegen sei die Zeit als etwas schon abgeschlossenes, als der vollendete zweijährige Zeitraum ausgedrückt (biennium), welches nun auf eine ähnliche Natur des Begriffs schließen lasse (also als etwas vollendetes), wie usus etwas fortdauerndes sei, weil das Adjectivum annuus etwas fortdauerndes bezeichne. Das scheint mir doch aus den Worten annuus und usus zu viel herausinterpretirt, ein solcher Gegensatz zwischen biennium und annuus ist gewiß der Intention der Decemvirn fremd gewesen, selbst wenn es sicher wäre, daß der Satz so gelautet hat, wie Puchta annimmt. Aber aus der Ciceronianischen Stelle steht weder der Ausdruck usus est noch annuus als in den XII Tafeln enthalten fest, sondern nur der Ausdruck ceterae res und die Länge eines Jahres im Gegensatz zu der Länge von zwei Jahren; nur die Worte usus auctoritas fundi biennium est sind wörtliches Citat und dann sagt Cicero,

ohne eine diplomatisch treue Relation zu bezwecken; von den aedes, sie gehörten zu den ceterae res der XII Tafeln, bei welchen ein annuus usus stattfinde. Es darf, wie Dirksen (a. a. O. p. 409. 410) richtig bemerkt, die Critik nicht darauf ausgehen, die von Cicero gewählten Ausdrücke durchaus dem Sprachgebrauch der Decemvirn zu assimiliren, indem dieser Redner es liebte, bei der Verweisung auf ein Gesetz, und insbesondere auf die XII Tafeln, aphoristische Ausdrücke des Originals mit dem Fluß seiner Darstellung zu verbinden. Ich habe daher auch diejenige Restitution unseres Satzes gewählt, welche das allein Feststehende enthält, nämlich ceterarum rerum annus est, im Gegensatz zu fundi biennium est, so daß sich usus auctoritas in gleicher Weise auf den fundus wie auf die ceterae res bezieht[20]. Gegen Puchta's Ansicht spricht aber ferner der feststehende Ausdruck usus auctoritas fundi biennium est. Es ist nach ihm usus auctoritas das durch Usucapion entstandene Rechtsverhältniß; von diesem Verhältniß kann doch nicht gesagt werden, es dauere zwei Jahre, es sei ein zweijähriges, und das heißt doch der Ausdruck biennium est in der That, nicht wie Puchta will: zu seiner Entstehung fordert es zwei Jahre. Wo in der Sprache fänden wir ein Analogon für eine solche Ausdrucksweise! Es wäre so, wie wenn man das Verhältniß, welches zu seiner Entstehung Tradition verlangt, traditio dominium nennen wollte. Ich kann daher diese Auffassung „durch zweijährigen usus entsteht usus auctoritas und usus auctoritas ist das Rechtsverhältniß, welches zu seiner Entstehung einen Zeitraum von zwei Jahren erfordert" nicht als richtig anerkennen und würde sie verwerfen, selbst wenn ich nicht eine meines Erachtens richtigere, weil einfachere und ungezwungenere, an deren Stelle zu setzen wüßte.

Bevor ich dazu übergehe, muß ich noch einmal auf die Puchta'sche Erklärung von auctoritas zurückkommen, da die Bedeutung dieses Wortes natürlich für uns von der größten

---

[20]) Ist freilich meine Ansicht über die Bedeutung von usus, die ich später (sub V) entwickeln werde, richtig, so bezieht sich usus auctoritas nur auf fundus, und auf ceterae res nur auctoritas, was aber dieser Fassung unserer Stelle nicht entgegensteht. Sie ist dann so aufzulösen: usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum (scil. auctoritas) annus est. Cfr. auch den Schluß dieser Abhandlung.

Wichtigkeit ist und ich von der Ansicht Puchta's insofern abweiche, als ich dem Wort in unserer Stelle eine speciellere Bedeutung vindicire und namentlich den Gegensatz zwischen auctoritas und usus nicht als den des rechtlichen und des factischen Moments, wenigstens nicht in dem Puchta'schen Sinne, auffasse.

Als Beleg für die von ihm in unserm Zwölftafelfragment angenommene Bedeutung von auctoritas als die rechtliche Giltigkeit des Verhältnisses zugleich mit dem bestimmteren Sinn der Geltendmachung vor Gericht führt Puchta zwei Stellen an, Cicero pro Caec. cap. 26 u. l. ult. d. a. et a. pl. a., von welchen namentlich die erstere interessant genug ist, um eine eingehendere Besprechung zu rechtfertigen. Soweit dieselbe von Puchta für diese Ansicht citirt ist, lautet sie so:

> Mihi credite, maior hereditas venit unicuique vestrum in iisdem bonis a iure et a legibus, quam ab iis, a quibus illa ipsa bona relicta sunt. Nam ut perveniat ad me fundus, testamento alicuius fieri potest: ut retineam quod meum factum sit, sine iure civili non potest. Fundus a patre relinqui potest: at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus. Aquaeductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium a iure civili sumitur.

Nach Puchta setzt diese Stelle die beiden Seiten jedes Rechts sich entgegen, nämlich daß etwas mein sei und daß ich es vor Gericht geltend machen könne, letzteres als Gabe des Rechts und mit auctoritas bezeichnet. Dagegen ließe sich zunächst die Frage aufwerfen, ob denn die andere Seite, daß etwas mein sei, weniger Gabe des Rechts ist? Puchta verwirft die Ansicht, welche das Wort auctoritas hier lediglich auf Usucapion beschränken will, als wäre sie es, welche dem Eigenthum die rata auctoritas gebe. An sich ließe sich, wenn man blos die citirten Worte im Auge behielte, manches für diese verworfene und damit gegen die von Puchta vertheidigte Ansicht sagen. Denn es ist weniger das gerichtliche Geltendmachen der verlornen Sache, das Wiedererlangen derselben durch Klage hervorgehoben, als das Behalten, das retinere, und man könnte die Stelle wohl so interpretiren: der Erbe verdankt die Erbschaft nicht blos dem Erblasser — und dabei ist sowohl der Fall der testamentarischen

(ut perveniat ad me fundus, testamento alicuius fieri potest), als der Intestaterbfolge (fundus a patre relinqui potest, was im Gegensatz zu „testamento alicuius“ die Erbfolge kraft verwandtschaftlichen Verhältnisses bedeutet) gemeint —, sondern auch dem Recht; denn — die beiden folgenden Sätze beziehen sich offenbar auf beide Fälle in gleicher Weise und es ist nur eine rhetorische Figur, daß der eine Satz bei dem Fall der testamentarischen, der andere bei dem Fall der Intestaterbfolge steht — behalten kann ich das Hinterlassene nicht ohne das ius civile und die Usucapion kann mir nicht vom Erblasser hinterlassen werden, sondern die rata auctoritas, das anerkannte Ansehen, so daß Jeder das vom Erblasser hinterlassene Recht respectiren muß (ut retineam) und daß finis sollicitudinis ac periculi litium vorhanden ist, das verdankt man dem Recht. Also möglich wäre es an sich, daß auctoritas sich auf die Usucapion bezieht. Dagegen spricht aber der Anfang und der Schluß des cap. 26, wodurch nicht blos diese, sondern auch die Puchta'sche Ansicht widerlegt wird. Der Anfang lautet so:

> O rem praeclaram vobisque ob hoc retinendam, recuperatores! Quod enim est ius civile? Quod neque inflecti gratia neque perfringi potentia neque adulterari pecunia possit; quod si non modo oppressum, sed etiam desertum aut negligentius asservatum erit, nihil est, quod quisquam sese habere certum aut a patre accepturum aut relicturum liberis arbitretur. Quid enim refert, aedes aut fundum relictum a patre aut aliqua ratione habere bene partum, si incertum est, quaecunque tua iure mancipii sunt, ea possisne retinere, si parum communitum ius est civile ac publica lege contra alicuius gratiam teneri non potest? Quid, inquam, prodest fundum habere, si quae diligentissime descripta a maioribus iura finium, possessionum, aquarum, itinerumque sunt, haec perturbari aliqua ratione commutarique possunt? Mihi credite etc.

Es ist also hier, wie auch aus dem Schluß

> Quapropter non minus diligenter ea, quae a maioribus accepistis, publica patrimonia iuris, quam privatae rei vestrae retinere debetis, non solum quod

haec iure civili saepta sunt, verum etiam quod patrimonium maius incommodo dimittitur, ius amitti non potest sine magno incommodo civitatis.

und aus dem cap. 25 hervorgeht, die Rede von der Sicherheit und Festigkeit des objectiven Rechts, durch welche erst die Sicherheit der subjectiven Rechte begründet werde; alle Rechte der Privaten erhalten ihre anerkannte Auctorität und ihr Ansehen durch das ius, dadurch, daß dieses ius ein communitum und nicht durch Parteilichkeit u. s. w. zu ändern und zu beugen ist.

Auctoritas hat daher hier nur dieselbe Bedeutung wie im gemeinen Leben und wir haben aus dieser Stelle für unsern Satz nichts gewonnen. Das Gleiche gilt hinsichtlich der zweiten von Puchta angeführten Stelle, der l. ult. de a. et a. pl. a.:

— — tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi ius non probaretur.

Dies hält Puchta für einen Beleg seiner Ansicht, weil auctoritas mit tueri parallel stehe und diesem beigefügt werde: tametsi etc. Wäre wirklich, wie Puchta will, auctoritas gleichbedeutend mit tueri, so würde Scaevola etwas höchst selbstverständliches gesagt haben: die ductus aquae, welchen die vetustas rechtliche Giltigkeit mit der Möglichkeit der Geltendmachung vor Gericht gegeben hat, pflegen — rechtlich geschützt zu werden! Und damit würde doch der Nachsatz tametsi ius non probaretur geradezu im Widerspruch stehen, denn nach der Puchta'schen Ansicht ist ja ius und auctoritas identisch, zwischen Recht und rechtlicher Giltigkeit kann doch kein Unterschied sein. Das meint auch Puchta selbst, denn er verwirft die etwa mögliche Ansicht, daß iuris probatio der höhere, auctoritas der niedere Grad von Rechtsgiltigkeit sei. Nun kann man doch aber unmöglich den Gegensatz machen: der ductus aquae wird geschützt, wenn die rechtliche Giltigkeit infolge des Alters bewiesen wird, wenn auch das Recht nicht bewiesen wird! Die Stelle sagt vielmehr nur: die vetustas an sich giebt einem Zustand ein gewisses Ansehen, durch die Länge der Zeit hat der Zustand Anspruch auf Fortdauer und darum pflegt auch der blos factische Zustand geschützt zu werden, wenn er auch nicht als ein rechtlicher bewiesen wird.

IV.

Ich habe die Puchta'sche Erklärung der eben besprochenen Stellen angefochten, weil sie in der That nicht als Beleg für seine Ansicht benutzt werden können. Ich will aber damit nicht sagen, daß ich überhaupt die Bedeutung von auctoritas als rechtlich anerkanntes und geschütztes Verhältniß für falsch hielte. Auctoritas hat viele Bedeutungen und unter andern auch diese, aber diese ist weder die ursprüngliche noch ist es die, welche das Wort in unserm Fragment hat. Auctoritas heißt meines Erachtens hier einfach Eigenthum, wie es bisher von den Meisten genommen worden ist. Damit läßt sich auch die Puchta'sche Erklärung in Einklang bringen, indem das per eminentiam anerkannte und geschützte Verhältniß das Eigenthum ist. Und zwar ist der Weg, auf welchem auctoritas zu der Bezeichnung des Eigenthums gekommen ist, wohl folgender. Wie im gewöhnlichen Leben mein Auctor, Urheber, derjenige ist, der mich gezeugt hat und dem ich das Leben verdanke, so ist im Recht, dessen Grundlage und gewissermaßen Leben das Eigenthum ist [21]), Auctor derjenige, der mich zum Eigenthümer gemacht hat, dem ich das Eigenthum einer Sache verdanke [22]). Auctoritas ist dann das Verhältniß dessen, der mich zum Eigenthümer gemacht hat, dazu gehört aber als wesentliche Voraussetzung, daß der auctor selbst Eigenthum gehabt hat, nach dem allgemein giltigen auf der ratio iuris beruhenden Satz: nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet. Daher ist es erklärlich, daß auch die Möglichkeit, Auctor eines Andern zu werden, die Eigenschaft künftig Auctor zu sein, als auctoritas bezeichnet wird und, da eben diese Möglichkeit vorzüglich auf dem Eigenthumsrecht beruht, dieses Eigenthumsrecht selbst auctoritas heißt.

Auf einem andern Wege kommt Schömann de voce au-

[21]) Aus der Bedeutung von auctoritas: Eigenschaft als Urheber, insbesondere als Eigenthümer, hat sich dann die Bedeutung von Macht, Ansehen entwickelt, weil Eigenthum vorzüglich Macht und Ansehen giebt. Von der Ursache ist die Wirkung benannt, wie wir dies öfter in der Sprache finden.

[22]) Insoweit stimme ich mit Mommsen (l. cit. pg. 8. 9) überein, in Bezug auf die Weiterbildung dieses Grundgedankens aber weiche ich von ihm ab.

ctoris (in den Opusc. acad. Tom. III. pg. 402 ff.) zu dem Resultat, daß auctoritas unter anderm auch Eigenthum heiße. Nach ihm hat auctor denselben Stamm wie aio, die ursprüngliche Bedeutung von Auctor sei: der, der etwas sagt und versichert[23]). Dann sei Auctor insbesondere der, der etwas mit einem gewissen Gewicht versichert und der das Versicherte vertreten kann und will (wie z. B. in „hunc ego hominem meum esse aio") und dem wir Glauben schenken (so statt ait oft auctor est, Livius II. 48 IV. 26). Aus dieser ursprünglichen Bedeutung ließen sich dann alle andern ableiten, wie Schömann dies

[23]) Ich vermag nicht zu beurtheilen, ob etymologische Hindernisse dieser Erklärung entgegenstehen. Sachlich hat sie viel für sich. Das etwaige Bedenken, hergenommen aus dem c in auctor, könnte zurückgewiesen werden durch die Bemerkung, daß es ja zweifelhaft ist, ob die Lesart auctor oder autor die richtigere sei. — Einen Beleg für diese Ansicht kann man auch in der Stelle des Festus s. v. Manceps finden: Manceps dicitur, qui quid a populo emit conducitve, quia manu sublata significat se auctorem emptionis esse: qui idem praes dicitur, quia tam debet praestare populo quod promisit, quam is qui pro eo praes factus est. — s. v. Praes: Praes est is, qui populo se obligat. Es wird also hier der Käufer auctor genannt, als gleichbedeutend mit praes, weil er das, was er verspricht, vertreten und prästiren muß. — Die gewöhnliche Bedeutung ist aber doch die, daß es den Veräußerer bezeichnet, der der „Bekräftiger" der Stellung des emtor ist und infolge der Obligation diesen bei Vindicationsprocessen zu vertreten hat. Cicero pro Caec. cp. 19: est actio in auctorem praesentem quandoquidem te in iure conspicio (postulo anne fias auctor), wie denn auch die Weigerung der Defension auctoritatem defugere heißt (cfr. die Stellen bei Rudorff in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissensch. XIV. p. 432. N. 198). Cfr. auch Leist Mancipation und Eigenthumstradition pg. 128. Dieser geht hinsichtlich der Bedeutung unseres Satzes usus auctoritas etc. davon aus, daß der Käufer, so lange er noch nicht usucapirt hat, das ius auctoritatis mit der actio auctoritatis dem Veräußerer gegenüber, der als Bekräftiger der Stellung des emtor den technischen Namen auctor trage, habe, daß aber dieses Recht des Käufers durch Usucapion befestigt und selbständig gemacht werde (usus auctoritas fundi biennium esto). Ihm ist also auctoritas das Recht des Käufers im Verhältniß zur Sache, welches sich zunächst auf das Recht des Verkäufers stützt, nach zwei Jahren aber zu einem selbständigen wird, so daß er nur sein eigner Auctor ist und der Vertretung des Verkäufers nicht mehr bedarf. Also auctoritas, die Eigenschaft sein eigner auctor, Vertreter zu sein, durch usus. Dieselben Gründe aber, die ich im Folgenden gegen die gewöhnlichen Auffassungen unseres Satzes anführen werde, sprechen auch gegen diese Ansicht.

im Einzelnen durchführt[24]), und so auch diejenige, in welcher auctoritas in allen Gesetzen vorkomme, nämlich als Eigenthum oder das mit dem Eigenthum verbundene ius vindicandi, denn im Vindiciren liege jene Bedeutung von aio, da der Vindicirende rem suam esse ait.

Mag man sich aber nun der einen oder der andern Ansicht anschließen, so ist doch — und darum brauchte nicht ausführlich auf alle die Stellen der Classiker, wo auctoritas in verschiedenen Bedeutungen vorkommt, eingegangen zu werden — unzweifelhaft, daß dieses Wort neben andern auch die Bedeutung Eigenthum haben kann und das ist für uns genügend. Da keine der andern Bedeutungen, die man dem Wort in unserer Stelle hat unterlegen wollen, einen passenden, annehmbaren Sinn giebt, wie ich durch das gegen Mommsen und Puchta Bemerkte dargethan zu haben glaube, so ist man gewiß berechtigt, mit der communis opinio die auctoritas in unserm Fragment als Eigenthum aufzufassen.

Damit haben wir jedoch für die Erklärung des Satzes selbst noch nicht Alles gewonnen. Denn auch diejenigen, welche auctoritas als gleichbedeutend mit Eigenthum nehmen, geben eine Erklärnng, die ich nicht für die richtige halten kann. Die gewöhnliche Erklärung ist die, daß das Eigenthum erworben werde durch zweijährigen bezüglich einjährigen Besitz, also auctoritas usu oder possessione capta. Rudorff (zu Puchta Curs. der Instit. II. § 239 N. 6) faßt mit Boethius das Verhältniß von usus auctoritas so auf, daß usus der Genitiv sei und der Satz sage: die Bekräftigung des Besitzes soll ein zweijähriger Zeitraum sein, während Schirmer (die Grundidee der Usucapion pg. 34) usus zwar für den Nominativ hält, aber doch der Sache nach ziemlich dasselbe sagt, nämlich: der usus, der zugleich Bekräftigung ist, muß zwei Jahre gedauert haben[25]). Gegen Rudorff spricht die andere Stelle des Cicero, die unseres Fragments Erwähnung thut, pro Caec. cap. 19 (lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium), indem hier

[24]) Darauf läßt sich denn auch die heutige Bedeutung unseres Wortes „Autorität“ zurückführen, d. h. eine Macht, die sich durch eigne Tüchtigkeit Geltung verschafft, die das, was sie sagt, vertreten kann und Anspruch auf Beachtung hat.

[25]) So schon Hotomanus cfr. Puchta a. a. O. pg. 65.

beide Worte in demselben Casus stehen, und gegen ihn, gegen Schirmer sowie gegen Alle, welche unsern Satz von einem Erwerb oder einer Bekräftigung der auctoritas durch usus verstehen, läßt sich die Frage aufwerfen, was denn bei ihrer Ansicht die Bedeutung des weiteren Satzes adversus hostem aeterna auctoritas sei? oder von rei furtivae aeterna auctoritas? Ich glaube, die Antwort auf diese Frage würde schwer sein.

Daß unser Satz Beziehung auf die Usucapion hat, dürfte kaum zu bestreiten sein, denn die römischen Juristen, insbesondere Gaius, führen dieselbe auf ihn zurück. Aber welches diese Beziehung sei, das ist das Zweifelhafte und Bestrittene. Es ist bei der Beantwortung und Entscheidung dieser Frage ein doppelter Gesichtspunct festzuhalten: in welchem Verhältniß steht diese Bestimmung der XII Tafeln zu dem frühern Recht? und: welches ist der Sinn, den sie nach der Absicht der Decemvirn hat?

Was das Verhältniß zum frühern Recht anbetrifft, so dürfen wir wohl mit Sicherheit annehmen, daß das Institut der Usucapion — vorläufig zugegeben, daß diese in unserm Fragment normirt sei — nicht erst durch die Decemvirn eingeführt worden ist. Es ist kaum glaublich, daß ein solches Institut aus bloßer legislatorischer Erwägung heraus entstanden sei, vielmehr hatte der Gedanke, daß man an einer unter gewissen Umständen eine Zeit lang besessenen Sache ein Recht erlange, gewiß vorher schon in gewohnheitsrechtlicher Uebung bestanden und die Decemvirn erhoben nur diesen Grundsatz zu einem gesetzlichen und bestimmten vielleicht nur das näher, was etwa einer Feststellung bedurfte, nämlich die Länge der Zeit. Es würde dies keineswegs vereinzelt dastehen, vielmehr dürfen wir, wie auch Puchta (Curs. d. Instit. I. §. 54) sagt, von den meisten Bestimmungen der XII Tafeln annehmen, daß sie schon vorher in Rom gegolten haben, da ihre Aufgabe war, das bestehende Recht aufzuzeichnen, wenn auch zugleich einzelne Veränderungen in demselben vorzunehmen, das bereits Bestehende, insofern es ungewiß und unbestimmt war, näher zu bestimmen. Es läßt sich dies hinsichtlich einer Reihe von Sätzen nachweisen, z. B. Tab. I. 4. 9. II. 1. III. 1. 3. 5. IV. 4. V. 1. 3. 6. VI. 4. VII. 1. 5. 6. 9. VIII. 4. 11. 19. X. 10, so auch speciell für Zeitbestimmungen, z. B. I. 9. III. 1. 5 — 6b. IV. 4. VI. 4. (Ich habe hier die Tafeln nach Bruns Fontes iuris romani antiqui citirt). Und

das gilt denn auch in Bezug auf die Usucapion. Daß die spätern römischen Juristen die Usucapion auf die XII Tafeln zurückführen, ist kein Gegengrund, denn wir können diese Bemerkung hinsichtlich sehr vieler unzweifelhaft älterer Institute machen, und es ist das erklärlich, da die Zwölftafelgesetzgebung einen Abschnitt in der Geschichte des römischen Rechts macht, von dem an erst die Ausbildung des Privatrechts beginnt in einer Weise, daß man bald den darüber hinausliegenden frühern Zustand ganz vergaß und die in den XII Tafeln erwähnten Institute und Rechtssätze lediglich auf diese als ihre Quelle zurückführte.

Die zweite wichtigere Frage, welche uns nach dieser Vorfrage zu beantworten bleibt, ist die, welches denn nun die Bedeutung unseres Satzes sei. Ich habe oben vorläufig angenommen und zugegeben, daß derselbe von der usucapio spreche. Ich muß dies jetzt modificiren. Der Fehler, an welchem bisher alle die verschiedenen Erklärungsversuche gescheitert sind, ist meines Erachtens der, daß man die fragliche Bestimmung auf die Acquisitivverjährung bezogen hat. Die Stelle spricht aber, wenigstens ihrer Fassung nach, von der Extinctivverjährung; sie bezieht sich nicht auf die Person des Ersitzenden. Die Erklärung, wonach sie sagen soll, durch usus von zwei Jahren erwerbe man die auctoritas, geht von der vorgefaßten Meinung aus, daß die Acquisitivverjährung darin enthalten und bestimmt sei, und nimmt keinen Anstoß an der Gezwungenheit dieser Erklärung. Wörtlich genommen sagt aber doch die Stelle einfach: der usus und die auctoritas dauert zwei Jahre, beziehungsweise ein Jahr. Von einem Fortdauern kann aber natürlich nur auf der Seite des bisherigen Berechtigten die Rede sein. Also nicht: man erwirbt das Eigenthum in zwei Jahren, sondern: das Eigenthum, welches man hat, wird nach dieser Zeit verloren; während dieses Zeitraums ist das Eigenthum ein rechtlich geschütztes Verhältniß mit der Möglichkeit der Geltendmachung vor Gericht, auch wenn man die Ausübung, den Besitz nicht hat; dieses Eigenthumsrecht verliert aber nach diesem Zeitraum, wenn man während desselben die factische Seite nicht gehabt hat, den rechtlichen Schutz und geht für den bisher Berechtigten unter. — Bei dieser Auffassung harmonirt unser Fragment mit den beiden andern, in welchen von der auctoritas die Rede ist, was bei der Ansicht, durch zweijährigen Besitz werde

Eigenthum erworben, durchaus nicht der Fall ist. Rei furtivae aeterna auctoritas und adversus hostem aeterna auctoritas kann unmöglich acquisitiv verstanden werden, es kann nur heißen: an einer res furtiva und gegenüber einem Peregrinus dauert das Eigenthum ewig fort, wenn wir auch die Sache nicht besitzen. So faßt ja auch Puchta (cfr. oben sub II.) den Satz adversus hostem aeterna auctoritas auf, indem er sagt, das Subject der auctoritas bleibe es rechtlicher Weise immer, wenn gleich etwa von seinem Recht die factische Ausübung auf einen Fremden gekommen sei, das Eigenthum sei an sich nicht verloren gegangen, sondern sei als fortdauernd angenommen worden, bis man etwa beim nächsten Census erklärt habe, man habe sein Eigenthum derelinquirt. Warum soll nun das in demselben Gesetz stehende „auctoritas fundi biennium est" auf einmal heißen: „das Eigenthum eines Grundstücks wird in zwei Jahren erworben" statt „das Eigenthum eines Grundstückes dauert zwei Jahre fort, wenn wir es auch nicht besitzen"? Es ist durchaus kein Grund dafür vorhanden, wenn man nicht eben von der vorgefaßten Meinung ausgeht, daß in unserer Stelle die Acquisitivverjährung enthalten sei. Und doch kann man, wie wir weiter unten sehen werden, dieser Meinung sein, ohne daß dadurch meine Erklärung umgestoßen wird. Dazu kommt, daß die beiden Sätze usus auctoritas fundi biennium und adversus hostem aeterna auctoritas, die wir oben als äußerlich zusammengehörig vermuthet haben, bei dieser Erklärung einen sehr guten innern Zusammenhang erhalten, der sich so ausdrücken läßt: adversus *civem* auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus est, adversus *hostem* aeterna auctoritas.

Außer diesen aus den XII Tafeln selbst hergenommenen Gründen spricht noch ein anderer allgemeinerer Grund für meine Ansicht, nämlich die Wahrnehmung, daß alle Acquisitivverjährungen ihren Anfang von der Extinctivverjährung nehmen. Das finden wir im deutschen wie im römischen Recht. Das deutsche Recht kennt ursprünglich eine Acquisitivverjährung gar nicht, sondern dieselbe hat sich erst durch den Einfluß des römischen Rechts entwickelt, in der Weise, daß man den Grundsatz von der rechten Gewere hineinzog, wonach derjenige, der Jahr und Tag von der gerichtlichen Uebertragung an ohne Widerspruch besessen hatte, gegen alle Ansprüche Dritter gesichert war, so daß man

also auch hier von einem Erlöschen des Rechts ausging, wodurch nur per consequens in der Person des Erwerbers volles Eigenthumsrecht begründet wurde. Die aus der juristischen Gewere hervorgehende Klage des frühern Besitzers auf Wiedererlangung des verlorenen Besitzes wurde zerstört durch die rechte Gewere des jetzigen Besitzers, wozu außer der besondern Art des Erwerbs (durch gerichtliche Auflassung, Erbfolge oder Richterspruch) noch die weitere Voraussetzung gehörte, daß die Gewere Jahr und Tag ohne Widerspruch gedauert hatte. Es dauert also auch hier das Recht des Verlierenden eine gewisse Zeit lang fort, ganz in der gleichen Weise wie auctoritas fundi biennium est. Die Acquisitivverjährung der Mobilien von 1 Jahr 6 Wochen und 3 Tagen und der Immobilien von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen im sächsischen Recht stützt sich lediglich auf Usualinterpretation, indem der Sachsenspiegel I. 28. 29, auf den man sich beruft, lediglich von Extinctivverjährung spricht bezüglich von der Befugniß des Richters, sich Gegenstände der Erbschaft zu nehmen, zu welcher sich in Jahr und Tag kein Erbe meldet. So lange dauert das Recht des Erben fort, dann ist es erloschen und damit hat der jetzige Besitzer, da Niemand da ist, der ihm den Besitz bestreiten kann, das Recht erworben. Und so finden wir im deutschen Recht noch weitere Zeitbestimmungen, innerhalb welcher etwas gethan werden mußte und welche vernichtend und auflösend wirkten; so bei dem Fremden, der sich in einer Gemeinde niedergelassen hatte und nach Jahr und Tag nicht mehr ausgewiesen werden konnte, bei dem Rückforderungsrecht des in die Stadt entflohenen Leibeigenen, beim Wildfangsrecht, bei der Retractsklage u. s. w. Und ganz dieselbe Erscheinung haben wir im römischen Recht. Die prätorische longi temporis praescriptio von 10 resp. 20 Jahren war ursprünglich eine Extinctivverjährung der actiones in rem speciales und ist erst später zur Acquisitivverjährung geworden; die Justinianische außerordentliche Ersitzung ist ihrem Grundgedanken und ihren Erfordernissen nach Extinctivverjährung, nur daß als weiteres Erforderniß noch die bona fides des Besitzers verlangt wird; und überhaupt ist in dem Princip und Motiv der Ersitzung — ne rerum dominia diu et fere semper incerta essent, ut aliquis denique litium finis esset, finis sollicitudinis ac periculi litium — der extinctive Character ausgeprägt. Sodann haben wir noch bei den Ser-

vituten das Institut des non usus und der usucapio libertatis, jenes rein extinctiv, dieses mit Beimischung eines acquisitiven Moments, und es scheint mir unzweifelhaft, daß die Erlöschung durch non usus die ältere Rechtsbildung ist. Es wird dies zwar von Puchta (Instit. II. §. 257) geleugnet, aber wohl mit Unrecht. Bekanntlich kommt die usucapio libertatis nur bei Urbanalservituten vor, während Rusticalservituten ebenso wie Personalservituten durch bloßen non usus untergehen. Nun darf es aber als ausgemacht angenommen werden, daß es servitutes praediorum rusticorum früher gegeben hat als servitutes praediorum urbanorum; denn das Bedürfniß zu ersteren ist offenbar früher vorhanden als zu letzteren, zumal bei einem Volk, welches wie das römische in seinen Anfängen ausschließlich Ackerbau und Viehzucht trieb. — Daher ist doch wohl der Schluß gerechtfertigt, daß auch der Untergang der Servituten durch non usus von älterem Ursprung ist als der durch usucapio libertatis, ein Schluß, dessen Richtigkeit speciell bestätigt wird durch den Inhalt der im Folgenden anzuführenden l. 6. de S. P. U. 8. 2. Puchta a. a. O. argumentirt so: das älteste Institut ist die usucapio libertatis, sie setzt aber voraus, daß Jemand in dem Besitz einer Sache zugleich die libertas rei besitzt, dies läßt sich nur annehmen, wo diese Freiheit eine sich äußerlich an der Sache darstellende Qualität, wo sie in der Sache gleichsam verkörpert ist und so ein Gegenstand des Besitzes in dem Besitz der Sache wird. Bei den Feldgrundstücken verkörpert sich die Freiheit keineswegs auf jene Art, bei servitutes praediorum rusticorum ist daher keine usucapio libertatis möglich. Nun habe man es aber keineswegs angemessen gefunden, daß deshalb die Rusticalservituten dem Untergang durch Zeitablauf ganz entnommen seien. Es habe sich daher folgende Rechtsansicht gestaltet: mit jener usucapio libertatis geht ein non usus von Seiten des Berechtigten Hand in Hand, nur ist er für sich allein nicht hinreichend, den Verlust der Servitut herbeizuführen. Das was noch hinzukommen muß, ist bei jenen andern Servituten nicht statthaft, und so habe man nun bei ihnen den bloßen non usus, wenn er sich die gesetzliche Zeit hindurch fortgesetzt, für hinreichend zur Zerstörung der Servitut und zur Wiederherstellung der libertas rei betrachtet. — Das scheint mir aber doch — ganz abgesehen von dem oben für das höhere Alter der Rusticalservituten und

damit des non usus angeführten Grund — nicht der Gang der Rechtsbildung gewesen zu sein. In ältern Zeiten leitet man nicht das minus (non usus) aus dem plus (non usus mit usucapio libertatis) ab, sondern das minus gestaltet sich allmälig zum plus. Und hier liegt noch ein ganz besonderer Grund vor für die Annahme, daß nicht wegen der Unmöglichkeit der usucapio libertatis bei Rusticalservituten der bloße non usus bei diesen genügt habe und von dem Erforderniß der Ersitzung der Freiheit abstrahirt worden sei, sondern daß vielmehr der bei den ältesten Servituten, den Rusticalservituten, allein erforderliche non usus bei den spätern Urbanalservituten nicht genügt habe, nämlich der: bei den Urbanalservituten, welche ja (wenigstens diejenigen, die regelmäßig als Urbanalservituten, als einem praedium urbanum zustehend, vorkommen und ursprünglich allein als solche vorkamen) servitutes continuae sind, kann eine bloße Unthätigkeit des Berechtigten darum nicht den Untergang herbeiführen, weil diese Servituten, wenn ihre Ausübung einmal begonnen hat, sich ohne jedwede Thätigkeit des Berechtigten gleichsam von selbst ausüben, wie z. B. bei der servitus oneris ferendi oder tigni immittendi die Ausübung einfach darin liegt, daß das Gebäude auf der Nachbarmauer ruht, daß der Balken in der Nachbarmauer eingelassen ist. Aus diesem Grunde muß erst eine Gegenhandlung gegen die Servitut von Seiten des Verpflichteten vorgenommen sein, wodurch die Ausübung derselben unmöglich gemacht und der Berechtigte aus dem Besitz gesetzt wird, denn erst von jetzt an kann von einem non uti die Rede sein, welches nun die gesetzliche Zeit hindurch dauern muß. Jedenfalls ist doch aber die usucapio libertatis principaliter immer eine Extinctivverjährung, mit welcher nur wegen der Besonderheit der Urbanalservituten auch eine Acquisitivverjährung verknüpft ist. In den Quellen heißt es auch immer „ita demum ius meum amitto", wenn nämlich ein factum contrarium vorgenommen ist, wie dies z. B. wiederholt in l. 6. de S. P. U. 8. 2, ausgesprochen ist. Diese Stelle enthält einen speciellen Beweis für das höhere Alter des non usus. Es heißt nämlich da: haec autem iura (scil. servitutes praed. urban.) similiter ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt, nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omni modo pereunt non utendo, sed ita, si

vicinus simul libertatem usucapiat. Also ähnlich wie die Rusticalservituten gehen auch die Urbanalservituten durch non usus unter, nur daß wegen ihrer besondern Natur der blose non usus nicht genügt. Von den Rusticalservituten handelt aber nun erst der folgende Titel (8. 3); so daß die Vergleichung mit denselben ihren Grund nicht in der etwaigen früheren Besprechung, sondern lediglich in dem höheren Alter haben kann. — Also auch hier haben wir eine Bestätigung des oben ausgesprochenen Satzes, daß die Extinctivverjährung die frühere Rechtsbildung und daß aus ihr die Acquisitivverjährung erst entstanden sei.

Es ist nun in Bezug auf unsern Satz „usus auctoritas fundi biennium etc." eine doppelte Möglichkeit: entweder die Decemvirn haben das Institut der Acquisitivverjährung noch gar nicht gekannt, sie setzen blos die Zeit fest, innerhalb welcher im Fall des Besitzverlustes das Eigenthum bei Vermeidung des Verlustes des Rechts selbst geltend gemacht werden muß und es hat sich daraus erst später das Institut der Usucapion mit ihren weiteren Voraussetzungen in der Person des Besitzers entwickelt, oder aber es ist das Institut der Acquisitivverjährung, wenigstens in seinen Keimen, schon zur Zeit der Zwölftafelgesetzgebung vorhanden gewesen. Das letztere ist das wahrscheinlichere, einmal aus dem negativen Grunde, weil wir hinsichtlich der Ersitzung des Eigenthums nirgends Spuren eines solchen Entwicklungsgangs finden, was, wenn die erstere Annahme richtig wäre, gewiß der Fall sein würde, sodann aber aus dem positiven Grunde, weil die römischen Juristen die Usucapion auf die zwölf Tafeln zurückführen, was sie, wenn auch nach Gaius II. 42 eine einzelne spätere Bildung als schon in den zwölf Tafeln enthalten erscheint[26]), doch nicht hinsichtlich des ganzen Instituts hätten thun können, wenn dasselbe wirklich eine Production der spätern Zeit gewesen wäre. Dadurch aber, daß zur Zeit der Zwölftafelgesetzgebung nicht blos die reine Extinctivverjährung bestand, sondern schon der weitere Schritt zu der dem Keim nach darin liegenden Acquisitivverjährung für denjenigen, dem gegenüber das Erlöschen des

[26]) Gaius sagt a. a. O.: ;mobilium quidem rerum anno completur (usucapio), fundi vero et aedium biennio, et ita Lege XII tabularum cautum est, während nach dem ausdrücklichen Zeugniß von Cicero in Top. cap. 4 und pro Caec. cap. 19, gegen dessen Glaubwürdigkeit kein Grund vorliegt, die aedes im Zwölftafelgesetze nicht genannt sind.

Rechts des früher Berechtigten ein Vortheil ist, gethan war, wird meine Ansicht, daß die fragliche Bestimmung sich nicht auf die Person des Ersitzenden bezieht, sondern ihrer Fassung nach von der Extinctivverjährung spricht, nicht umgestoßen. Die Decemvirn kannten die Usucapion und wollten sie näher bestimmen, insbesondere in dem Punct, der einer nähern gesetzlichen Bestimmung wohl am meisten bedurfte, nämlich der Zeit; aber sie fassen vorwiegend die negative Seite, das Erlöschen des früheren Rechts, in's Auge: das Eigenthumsrecht soll gegenüber dem besitzenden civis zwei Jahre bezüglich ein Jahr dauern und dann erloschen sein, womit dann auf Seiten des besitzenden civis der Erwerb des Eigenthums verbunden ist; dem peregrinus gegenüber soll aber das Eigenthumsrecht ewig dauern, womit natürlich die Ersitzung durch einen peregrinus ausgeschlossen ist. Das ist meines Erachtens der einzig mögliche Sinn der Bestimmung: (adversus civem) auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus est, adversus hostem aeterna auctoritas. Damit haben wir eine einfache, ungekünstelte, der Sprachweise der damaligen Zeit angemessene Erklärung, ein Prädicat, welches man den übrigen Erklärungsversuchen bei unbefangener Prüfung kaum wird zutheilen können.

Es erübrigt nur noch, einige Bedenken, die gegen meine Ansicht von dem extinctiven Character unseres Satzes aus einigen andern in den XII Tafeln enthaltenen und gleichfalls auf die Usucapion bezüglichen Bestimmungen entnommen werden könnten, zu widerlegen. Es sind dies die Bestimmungen über die quinque pedes, über das forum bustumve und über die conventio in manum durch usus.

Cicero de legg. I. 21 führt in einer scherzhaften Wendung eine Bestimmung der XII Tafeln an: usucapionem XII tabulae intra quinque pedes esse noluerunt, die Usucapion soll ausgeschlossen sein intra quinque pedes. Hier, kann man sagen, ist die Usucapion doch acquisitiv aufgefaßt! Ich kann dies zunächst unbedenklich zugeben, denn ich leugne ja nicht, daß den XII Tafeln das Institut der Usucapion als Acquisitivverjährung bekannt gewesen sei; ich behaupte nur, daß die ersten Anfänge dieses Instituts extinctiv waren und daß in unserm Satze usus auctoritas etc. die extinctive Seite betont ist. Die speciellen Ausnahmen von diesem Institut, mag es nun eine Ausnahme

sein, daß ein Recht an einer gewissen Sache durch Zeitablauf nicht verloren gehe, oder eine Ausnahme, daß an einer gewissen Sache durch Zeitablauf kein Recht erworben werde, gehören offenbar erst einer spätern Zeit an, als die ist, in der die Anfänge des Instituts sich entwickelten. Wenn Ausnahmen von einer Regel festgesetzt werden sollen, muß die Regel als solche schon feststehen. Ich glaube selbst, daß in der Zeit, als die XII Tafeln die Bestimmungen über die Usucapion trafen, das Institut so weit entwickelt war, daß neben der ursprünglichen Extinctivverjährung auch der acquisitive Character ausgeprägt war. Und so erklärt es sich, daß — vorausgesetzt überhaupt, daß die Relation bei Cicero diplomatisch genau die Worte der XII Tafeln und nicht etwa blos ihren Sinn in der Ausdrucksweise der spätern Zeit wiedergiebt — hinsichtlich der Ausnahmen gesagt ist: gewisse Sachen können nicht durch Usucapion erworben werden, statt: an gewissen Sachen geht das Recht durch Zeitablauf nicht verloren. So haben wir die Fassung auch in Tab. V. 2 (nach Dirksen): mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore auctore traditae essent [27]). Hier läßt sich die extinctive Form leicht construiren: die Frau soll ihr Eigenthumsrecht an der von ihr selbst, aber ohne auctoritas tutoris, veräußerten res mancipi nicht verlieren, auch wenn die sonst für Geltendmachung des Eigenthums dem Besitzer gegenüber festgesetzte Zeit abgelaufen ist, also kann auch der Besitzer durch Zeitablauf dieses Recht nicht erwerben. Schwieriger ist dies bei den quinque pedes. Es fragt sich vor Allem, was diese quinque pedes sind. Sind sie ein für immer fixirter Grenzrain, der sichtbar ist, zu dem Jeder $2^1/_2$' von seinem Land herzugeben hat, wie dies Puchta (Curs. d. Instit. II. §. 234) annimmt, oder hat, wie Rudorff (cfr. Puchta a. a. O. Note o) meint, Jeder das Recht bis an die Grenze seines Grundstückes zu ackern, nur daß Jeder auf $2^1/_2$'

[27]) Die Bestimmung klingt wie ein objectives Usucapionsverbot (praeterquam si ab ipsa trad. essent — also eigentlich: wenn ein Nichteigenthümer solche Sachen veräußert, können sie nie usucapirt werden), es ist aber doch nur Folge des Veräußerungsverbots; dies geht hervor aus der Beschränkung auf res mancipi, hinsichtlich deren die Frau eine Veräußerung ohne Auctoritas des Tutors nicht vornehmen konnte. Ulpian XI. 27. Gai. I. 192. II. 47. 80. Fragm. Vatic. §. 1.

Breite an der Grenze den Weg des einen Pflugstiers vom Nachbar dulden muß? Gewiß kam es vor, daß ein solcher sichtbarer Grenzrain bestand, wie dies die von Puchta (a. a. O. Note n. o) citirten Quellen ergeben. Aber daß dies nicht immer und überall der Fall war, halte ich mit Rudorff für wahrscheinlich, einmal weil Siculus Flaccus (bei Puchta Note o) ausdrücklich bemerkt, daß an einigen Orten das Gebot des Grenzrains bestehe, woraus sich ergiebt, daß sonst die 2½′ bis zur Grenze beackert werden konnten, und sodann, weil, wenn überall solche Grenzraine bestanden hätten, die doch durch Graswuchs, Wagenspuren u. s. w. sehr kenntlich wurden, kaum einmal ein ernster Streit innerhalb dieser 5′ (controversia de fine) vorkommen konnte. Versteht man aber die quinque pedes so, wie Rudorff annimmt, so war es leicht möglich, daß die ursprüngliche Grenze durch allmähliges Hinüberackern von Seiten des Einen auf das Nachbargrundstück verrückt wurde und daß sich nun eine Ermittelung der wahren Grenzen durch Sachverständige nöthig machte. Diese Ermittelung sollte lediglich nach den Regeln der Kunst erfolgen, die Berufung auf Usucapion war ausgeschlossen: usucapionem XII tab. intra quinque pedes esse noluerunt, das heißt in dieser Fassung allerdings: es kann sich Niemand darauf berufen, daß er immer bis zu einer gewissen Linie geackert und damit seine ursprüngliche Grenze durch Usucapion erweitert habe; es kann aber doch offenbar der Ausgangspunct dieser Bestimmung der gewesen sein, daß derjenige, von dessen Land der Nachbar abgeackert hat, sein Eigenthum nicht verlieren solle, wenn diese Besitzentziehung auch eine gewisse Zeit hindurch gedauert habe. Denn daß diese 5 bezüglich 2½′ nicht etwa dem Privateigenthum entzogen waren und als res publica galten, hat Rudorff nachgewiesen.

Die zweite Bestimmung der XII Tafeln, welche Schwierigkeiten bereitet, ist die über den Begräbnißplatz: forum bustumve usucapi vetat lex XII tabularum. Diese Stelle erregt ein Bedenken, aber ein Bedenken, welches nicht weniger diejenigen trifft, die in unserm Satz usus auctoritas etc. eine Acquisitivverjährung finden. Das forum bustumve ist nämlich als res religiosa extra commercium und kann schon wegen dieser ihrer Eigenschaft nicht usucapirt werden, wie denn auch Gaius II. 48 sagt: liberos homines et res sacras et religiosas usucapi non posse

manifestum est. Wie kommt es nun, daß die XII Tafeln einen so selbstverständlichen Satz noch in einer besondern Bestimmung sanctioniren? Auch wenn wir darauf keine Antwort haben, so steht doch, wie gesagt, dieses Bedenken nicht meiner Ansicht allein entgegen; hinsichtlich des acquisitiven Ausdrucks gilt dasselbe, was oben in Bezug auf die quinque pedes bemerkt worden ist. Man kann übrigens wohl die Erklärung von Puchta (Curs. d. Instit. II. §. 239. Note e) annehmen: „es sei dies nicht eigentlich eine Ausschließung der Usucapion, sondern eine Erklärung, daß res religiosae nicht durch blosen Privatwillen aufhören es zu sein, auch wenn sie noch so lange als profan behandelt worden wären". Dies könnte man nun möglicherweise auch von demjenigen verstehen, der das ius sepulchri hat und der einem Andern gegenüber durch Zeitablauf dieses Recht nicht verlieren soll. Von einem Verlust des Eigenthumsrechts kann natürlich hier nicht die Rede sein, wohl aber möglicherweise von einem Verlust des Rechts, künftig an diesem Orte zu begraben. Denn „bei res religiosae ist die Beziehung auf Privatpersonen nicht ausgeschlossen, sofern es sich um das Recht der fortdauernden Benutzung eines solchen Orts auch für künftige Begräbnisse handelt" (Puchta a. a. O. II. §. 223 bei Note o). Dafür könnte man auch die Bemerkung anführen, mit welcher Cicero de legg. II. 24 diese Bestimmung der XII Tafeln erwähnt: duae sunt leges de sepulchris, quarum altera privatorum aedificiis (nämlich die Bestimmung, daß ein neues forum bustumve ohne Einwilligung des Eigenthümers nicht näher als 60′ an ein fremdes Gebäude angerückt werden dürfe), altera ipsis sepulchris cavet. — Quod forum bustumve usucapi vetat, tuetur ius sepulchrorum. Aber freilich, das, was hier verloren und was erworben werden könnte, deckt sich nicht: nämlich Verlust des Rechts zu begraben und Erwerb des Eigenthums an dem Begräbnißplatz. Und deshalb spricht allerdings mehr dafür, daß bei der Bestimmung, ein forum bustumve soll nicht usucapirt werden können, lediglich gemeint ist, ein solcher Platz solle nicht dadurch, daß er eine gewisse Zeit hindurch als res profana besessen worden ist, wirklich profan werden und in das Eigenthum des Besitzers übergehen. Durch dieses Zugeständniß wird aber, aus den oben bei Besprechung der die quinque pedes betreffenden Bestimmung angegebenen Gründen, meine Ansicht von dem

ursprünglich extinctiven Character der Usucapion nicht umgestoßen.

Vor Allem aber wird mir die eine Bestimmung der XII Tafeln entgegengehalten werden, die sich nach der gewöhnlichen Anordnung der Zwölftafelfragmente unmittelbar an den Satz usus auctoritas etc. (Tab. IV. 3) anschließt (Tab. IV. 4), die Bestimmung über die conventio in manum durch usus. Außer der Relation von Gellius N. A. III. 2, die sich bei Macrobius Saturn. I. 3 wörtlich wiederfindet, haben wir nur die Stelle des Gaius I. 111, die sich ausführlich mit diesem Gegenstand beschäftigt. Sie lautet:

> Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverans, dum velut annua possessione usu capiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum obtinebat. Itaque lege XII tabularum cautum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut quotannis trinoctio abesset atque ita usum cuiusque anni interrumperet.

Darnach ist die conventio in manum durch usus, die mit der Usucapion verglichen wird, von entschieden acquisitivem Character. Ich muß aber hier vor Allem wiederholen, was ich schon mehrfach bemerkt habe: ich bestreite gar nicht, daß wie die Usucapion so auch das Institut des usus zur Zeit der XII Tafeln schon acquisitiver Natur war. Aber es kann doch in der ersten ursprünglichen Gestalt eine Extinctivverjährung gewesen sein, und daß sie es wirklich gewesen ist, dafür scheinen mir folgende Gründe zu sprechen.

Die manus entstand nicht schon ohne Weiteres mit Eingehung der Ehe als solcher, sondern es war an sich ein besonderer Begründungsact derselben nothwendig; bei den Patriciern fielen allerdings Entstehung der Ehe und Entstehung der manus in einem Acte, der confarreatio, zusammen, bei den Plebejern aber, bei welchen die Ehe formlos sein konnte, war zur Begründung der manus die coemtio erforderlich; da aber auch bei ihnen die manus „als natürliche Begleiterin der Ehe“ galt, so wurde dieselbe schon durch einjährige Dauer der Ehe begründet[28]). Durch

[28]) cfr. Puchta Curs. d. Instit. III. §. 287. Nach Unterholzner entstand die manus durch usus nur dann, wenn bei der Heirath von beiden

die conventio in manum wurde die Frau materfamilias und filiaefamilias loco, sie erlitt in ihrer familia eine capitis deminutio minima, die Gewalt des paterfamilias bezüglich, wenn sie sui iuris war, die Tutel der Agnaten fiel hinweg, da jede Gewalt ausschließlich ist: die Frau erwirbt also auch jetzt, was sie erwirbt, nicht mehr dem Vater, sondern dem Mann, sie hört auf, ein eigenes Vermögen zu haben, so daß die Agnaten ein Recht darauf und ein Interesse an demselben nicht mehr haben können[29]). Ohne die manus blieb die Frau in der Gewalt des paterfamilias bezüglich unter Tutel. Das Verhältniß des paterfamilias sowohl wie das der Tutoren, wenigstens der agnatischen, war aber ein Recht, jenes eine potestas, dieses wenigstens ein ius, welches vindicirt, sowie auch einem Andern in iure cedirt werden konnte[30]), der paterfamilias hatte nach strengem Recht auch die Befugniß, die Tochter durch ein Interdict dem Mann wieder abzufordern (cfr. Walter, Gesch. des röm. Rechts II. §. 491. N. 11). Um den Verlust dieses Rechts handelte es sich bei der conventio in manum. Daher war bei der confarreatio und coemtio Zustimmung des paterfamilias bezüglich der Tutoren erforderlich[31]); bei der conventio in manum durch usus kann natürlich von einer ausdrücklichen Einwilligung des paterfamilias zur Entstehung der manus und einem ausdrücklichen Aufgeben seiner väterlichen Gewalt zu diesem Zwecke nicht die

Theilen eine conventio in manum bezweckt, aber wegen unterlassener Anwendung der confarreatio oder coemtio nicht zu Stande gekommen war. cfr. Dirksen a. a. O. pg. 419. N. 480.

[29]) Ulpian XI. 13. Gaius I. 162. IV. 38.

[30]) l. 1. §. 2 de R. V. 6. 1. Gaius I. 168. Puchta a. a. O. III. §. 297. 302. Das Vindicationsrecht des paterfamilias, wenigstens wenn adiecta causa (und das ist wohl mit Bethmann-Hollweg richtiger auf das „filiam suam esse“ als mit Muther auf das „ex iure Romano“ zu beziehen,) geklagt wurde, ist klar ausgesprochen in l. 1. §. 2 cit. Das gleiche Recht der agnatischen Tutoren, gegen welches man Bedenken äußern könnte, geht hervor aus dem engen Zusammenhang der Vindication und in iure cessio, zu welch letztrer die Agnaten nach Gaius l. c. berechtigt waren, denn die Contravindication kann nur derjenige mit der Wirkung der Rechtsübertragung unterlassen, der dazu berechtigt wäre. Ulp. XIX 10: in iure cedit dominus. — Isidor. Orig. V. 52: cessio est propriae rei concessio — nam aliena restituimus, non cedimus.

[31]) cfr. Coll. leg. Mos. IV. cap. 2. §. 2. cap. 7. — Cicero pro Flacco cp. 34. cfr. auch Gaius I. 115. 195.

Rede sein, da die manus hier gar nicht durch einen einzelnen Act begründet wird. Aber wenn der Vater seine Tochter ein Jahr lang beim Manne ließ, ohne von den in seiner potestas liegenden Rechten Gebrauch zu machen, wenn er den Mann factisch in der Stellung und in der Ausübung der Rechte ließ, welche die wirkliche manus gab, so wurde dies als ein Verlust der Rechte des paterfamilias angesehen [32]). Da aber anfänglich die Frau nicht ihre eigene Herrin sein konnte, sondern stets in der potestas, manus, tutela eines Mannes stehen mußte, so war es eine nothwendige oder doch wenigstens natürliche Folge, daß nun, statt daß sie sui iuris wurde und unter Vormundschaft trat, der Ehemann die Gewalt, die manus bekam, so daß es sich erklärt, wie die spätern Juristen das Institut als acquisitive Verjährung, als Entstehungsart der manus, auffassen und den ursprünglichen Character als Extinctivverjährung darüber vergessen, zumal zur Zeit des am ausführlichsten davon handelnden Gaius diese Entstehungsform bereits antiquirt war: sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est (I. 111 fine). Das Institut ist jedenfalls älter als die XII Tafeln, denn nach der Relation des Gaius wie des Gellius ist in diesen nichts weiter enthalten gewesen als die Vorschrift, eine Ehefrau müsse, wenn sie nicht durch einjähriges Zusammenleben mit dem Ehemann in dessen manus fallen wolle, jährlich drei Nächte lang von dessen Hause abwesend sein (cfr. auch Dirksen a. a. O. pg. 419. 420), und dies kann doch nicht weniger von einer Unterbrechung des Verlustes eines Rechtes der Frau bezüglich des paterfamilias, als von der Unterbrechung eines Erwerbs von Seiten des Ehemanns verstanden werden, wenn man nur im Auge behält, daß der Erwerb der manus eine Folge des Verlustes des hausväterlichen Rechts war. Eine eigenthümliche Modification der sonst hinsichtlich der Extinctivverjährung

[32]) Ob man dies in Bezug auf das Recht der agnatischen Tutoren auch sagen kann, scheint nach Cicero pro Flacco cp. 34: in manum, inquit, convenerat. Nunc audio; sed quaero: usu an coemptione? Usu non potuit; nihil enim potest de legitima tutela nisi omnium tutorum auctoritate deminui, wenigstens zweifelhaft. So sagt auch Walter a. a. O. II. §. 479 unter Berufung auf diese Stelle: „diese Entstehungsform (usus) war jedoch nicht zulässig bei Frauen, die unter einer Tutel, also nur bei solchen, die in der väterlichen Gewalt standen."

geltenden Grundsätze ist nur, daß eine Unterbrechung des Rechtsverlustes durch Abwesenheit der Frau per trinoctium herbeigeführt wird. Es konnte aber diese Abwesenheit offenbar nicht blos eine freiwillige Seitens der Frau sein, sondern der paterfamilias die Frau auch kraft seiner patria potestas vom Manne zurückfordern, bezüglich die Abwesenheit durch ihn veranlaßt sein, und dann hatte er seine Rechte selbstthätig gewahrt; entfernte sich die Frau freiwillig drei Nächte lang, so lag für ihn die Veranlassung zu einer Klage und Rückforderung nicht vor; geschah keins von beiden, dann hatte er eben seine Rechte verloren. — Diesen Gedanken, daß es sich bei der conventio in manum durch usus zunächst um den Verlust eines Rechts handle, haben übrigens auch andere Schriftsteller, wenn auch vielleicht nicht mit dem vollen Bewußtsein der Tragweite desselben, schon ausgesprochen. So sagt Walter a. a. O. II. §. 479: „Dieses Mittel, die Entstehung der manus zu verhindern, diente in jener Zeit, wo eine Scheidung durch die Frau selbst nach den Sitten noch schwierig war, dem Vater gegen einen Mann, dem er nicht traute, die väterliche Gewalt über seine Tochter und das daraus fließende Rückforderungsrecht zu sichern". Und Puchta a. a. O. II. §. 199 a. E.: „daß die Frau in der manus des Mannes sei, erschien den ältesten Römern als das Naturgemäße. Das hatte sich zur Zeit des Mucius (auf den Gellius III. 2 sich beruft) sehr verändert, es war eine Reaction dagegen entstanden, die zuletzt mit der völligen Aufhebung der stillschweigenden Entstehung durch usus endigte. Damit stimmt es sehr wohl überein, daß die Rechtskundigen schon vorher den usus nicht begünstigten und ihn mehr aus dem Gesichtspunct des Verlustes der Selbständigkeit als eines Erwerbes beurtheilten" [33]). Sollte das, was Puchta als Aus-

[33]) cfr. dazu die Anmerkung von Rudorff zu Puchta III. §. 287. N. d. — Selbst wenn man den Fall setzt, der gewiß selten vorkam und der darum bei der Rechtsbildung gar nicht berücksichtigt wurde: daß die Frau keinen pater familias und keine Agnaten mehr hatte, so würde man zwar nicht von dem Verlust der Rechte dieser Personen, aber doch von einem Verlust der Selbständigkeit der Frau sprechen können, indem sie jetzt an sich Vermögen wenigstens selbständig für sich erwarb, durch einjährigen ununterbrochenen Aufenthalt im Haus des Mannes aber dieses Recht verlor. Etwas ähnliches haben wir auch hier im deutschen Recht: wenn sich ein Fremder, ohne in einer Schutzverbindung zu stehn, Jahr und Tag in einem Land aufhielt und unter Hörigen saß, verlor er seine

fluß der Nichtbegünstigung des usus durch die Rechtskundigen ansieht, nicht vielmehr seine Quelle in dem ursprünglichen Character des usus haben? Daß dann später der acquisitive Character mehr hervorgetreten ist und daß namentlich Gaius das Institut lediglich als erwerbende Verjährung darstellt, kann, wie gesagt, an dem ursprünglichen Character nichts ändern und nur um dessen Nachweis war es mir hier zu thun [34]).

V.

Bei der bisherigen Untersuchung ist gar keine Rücksicht genommen worden auf das Wort, welches unsern Satz eröffnet, nämlich usus; ich habe bisher immer nur von auctoritas gesprochen, nicht, weil ich mit „usus" nichts anzufangen wüßte, sondern weil ich meine Ansicht zunächst an „auctoritas" durchführen und beweisen wollte, um dann mit „usus" die Probe zu

---

Selbständigkeit und wurde den Hörigen gleich behandelt. cfr. Runde deutsches Privatrecht §. 316. — Nimmt man den Fall an, der pater familias habe es gewollt, daß seine Tochter durch usus in die manus des Mannes komme (obgleich da gewiß eher ein coemtio stattfand), so wird an den oben dargestellten Grundsätzen nichts geändert. Blieb die Frau ununterbrochen beim Mann, so verlor eben der paterfam. seine Rechte; entfernte sich die Frau doch, gegen den Willen des paterfam., per trinoctium aus dem Hause des Mannes, so wurden dem paterfam. gegen seinen Willen seine Rechte erhalten, denn er kann die patria potestas nicht durch formlose Willenserklärung aufheben.

[34]) Aus der Stelle des Gellius III. 2 könnte man vielleicht noch ein anderes Argument für meine Ansicht herzuleiten geneigt sein. Gellius sagt: non posse impleri trinoctium, weil die letzten sechs Stunden der dritten Nacht bereits in das neue Jahr fielen; daraus folgt, wie auch Puchta a. a. O. bemerkt, daß der letzte Tag ganz abgelaufen sein müsse. Nun ist es aber ein anerkannter Grundsatz — der, wenn wir ihn auch in den Pandecten erst von spätern Juristen ausgesprochen finden, doch wohl schon früher bestanden hat —, daß, wenn es sich um den Erwerb eines Rechts handelt, dies coeptus pro completo habetur, bei einem Verlust hingegen dies excessus sein muß: es wird also hier, beim usus, das Hauptgewicht auf den Verlust gelegt, es ist principaliter eine Extinctivverjährung. Dieser Argumentation steht jedoch der Einwand entgegen, daß es sich bei jeder Acquisitivverjährung auch um den Verlust eines Rechts in der Person des früher Berechtigten handelt, und daß deßhalb bei jeder Acquisitivverjährung eine Unterbrechung Seitens des Verlierenden bis zum letzten Moment des letzten Tages statthaft ist, ohne daß dadurch die Acquisitivverjährung ihren Character verliert.

machen, denn nur, wenn sich das, was ich in Bezug auf auctoritas ausgeführt habe, auch auf usus anwenden läßt, halte ich meine Ansicht für vollkommen bewiesen.

Die gewöhnliche Ansicht, zu welcher wohl gerade das Wort usus die Hauptveranlassung gegeben hat, geht, wie oben schon erwähnt, dahin, daß usus das factische Besitzen der Sache sei und daß durch diesen usus die auctoritas erworben werde. Daß aber unsere Stelle nicht vom Erwerb des Rechts und nicht von der Person des Ersitzenden spricht, dürfte durch die Ausführung im vorigen Abschnitt zur Genüge dargethan sein. Bei dieser meiner Auffassung ist natürlich jene Ansicht von der Bedeutung von usus nicht möglich; wenn sich auctoritas auf den Verlierenden bezieht, kann usus nicht von dem Erwerbenden verstanden werden; ich würde mich sonst desselben Fehlers — usus und auctoritas auf verschiedene Subjecte zu beziehen — schuldig machen, wie Mommsen, der usus von dem Besitz des Käufers, auctoritas von der Haftpflicht des Verkäufers versteht.

Meiner Ansicht nach bezieht sich usus ebenso auf den Verlierenden wie auctoritas. Usus ist weder als Genitiv abhängig von auctoritas, noch ist mit Andern, die usus als Nominativ ansehen, usus auctoritas als Hendiadyoin, als auctoritas durch usus, zu betrachten, sondern usus ist als Nominativ ebenso selbständig wie auctoritas und das von dieser Gesagte gilt ganz in gleicher Weise vom usus, das Prädicat biennium est bezieht sich auf beide gleichmäßig: wie die auctoritas, so dauert auch der usus zwei Jahre fort. Für diese Ansicht spricht schon der Umstand, daß alle andern Erklärungen auf nicht zu hebende Schwierigkeiten und Inconvenienzen, wie sie oben erörtert worden sind, stoßen. Man könnte derselben allerdings Folgendes entgegenhalten: der usus, der Besitz, soll fortdauern? Das ist ja ganz undenkbar, da die Voraussetzung für die Extinctivverjährung auf Seiten des Eigenthümers und für Acquisitivverjährung auf Seiten eines Andern der Nichtbesitz des bisherigen Eigenthümers ist! Das Eingewendete ist unzweifelhaft richtig, aber der Einwand trifft doch nicht. Usus bezeichnet nicht blos das Factum des Besitzens, des physischen Innehabens der Sache, sondern es hat dieses Wort auch die Bedeutung von Gebrauchsrecht, Besitzrecht; so finden wir es in specieller technischer Bedeutung bei der servitus usus und in den Fällen, wo der Inhalt einer Servitut,

die regelmäßig als Prädialservitut vorkommt, als Personalservitut constituirt ist, z. E. usus itineris, usus aquae u. s. w., wo es also das Gebrauchsrecht an einzelnen Seiten und Ausflüssen des Eigenthums ist. Hier ist es das Gebrauchsrecht in dem ganzen Umfang, welchen das Eigenthum gewährt, so daß etwa usus auctoritas die beiden Hauptseiten des Eigenthums, das Gebrauchs- und Vindicationsrecht bezeichnet, also die Gesammtheit der im Eigenthum liegenden Befugnisse (wie die Ausdrücke habere possidere utive frui zur erschöpfenden Bezeichnung aller rechtlichen Benutzung vorkommen, cfr. Huschke über die Stelle des Varro von den Liciniern pg. 5. N. 8): diese sollen zwei Jahre ungeschmälert fortdauern, auch wenn man die factische Ausübung nicht hat. Ja, selbst wenn man usus in der gewöhnlichen Bedeutung von Besitz auffassen will, läßt sich doch die Ansicht, der usus dauere zwei Jahre fort, vertheidigen; wir haben im ältern römischen Recht ein Analogon, wo der Besitz, obgleich er nicht mehr vorhanden ist, doch als fortdauernd angenommen wird, nämlich beim interdictum utrubi. Es ist dies anerkanntermaßen ein interdictum retinendae possessionis, dient also zum Schutz des gegenwärtigen Besitzes, klagberechtigt ist aber nicht der factisch Besitzende, sondern der qui maiore parte anni possederat, also in diesem Falle auch dann, wenn er die Sache nicht mehr in Händen hat.

Einen weiteren Grund dafür, daß usus auf gleicher Stufe mit auctoritas steht, kann man aus der älteren und ursprünglichen Schreibweise usus capio statt usucapio entnehmen. Denn das kann doch entschieden nicht heißen Erwerbung durch Gebrauch oder Besitz, sondern nur Erwerbung des usus, des Gebrauchs- oder Besitzrechts. Gellius N. A. VII. 10 bestätigt dies ausdrücklich, indem er pignoris capio und usus capio ganz gleich stellt [35]). Da aber später der Character der Acquisitivverjährung schärfer hervortrat und zu dieser als Haupterforderniß der Besitz gehört, indem man durch den Besitz Eigenthum erwirbt, ist es erklärlich, daß sich später die capio des usus umgestaltet hat in die capio durch usus. —

Die bisher angeführten Gründe dürften genügen, um meine Ansicht von der Bedeutung unsres Fragments zu rechtfertigen.

---

[35]) cfr. auch Schöll l. c. pg. 103 squ.

Aber eine noch größere Bestätigung wird sie erhalten, wenn meine Vermuthung über das Verhältniß von usus und auctoritas, die ich freilich zunächst nur als Vermuthung auszusprechen wage, richtig ist. Um sie gleich anzugeben: ich halte es für nicht unwahrscheinlich, daß sich usus auf das Recht am ager publicus, auf die possessiones, auctoritas auf das Privateigenthum bezieht. Zu dieser Annahme bewegen mich folgende Gründe.

Es wäre ganz auffallend, wenn in einem so umfassenden Gesetz, wie die XII Tafeln waren, gar nichts über das Verhältniß am ager publicus, der doch zu jener Zeit eine so bedeutende Rolle spielte, gesagt wäre. Der ager publicus war Eigenthum des Staates. Zur Zeit der Republik waren die Rechtsverhältnisse daran folgende[36]). Sobald ein Gebiet zum ager publicus geschlagen war, wurde sofort ein Theil desselben zum Verkauf an den Meistbietenden ausgeschieden, der Erwerber erhielt an diesem ager quaestorius volles Eigenthum; ein weiterer Theil, an welchem der Staat ausschließliches Eigenthum hatte, wurde zur öffentlichen Nutzung für weltliche und religiöse Zwecke verwendet; das übrige Staatsland, welches nicht vermessen war, heißt ager arcifinius: soweit dasselbe in Wald- und Weideland bestand, hatten die Bürger die gemeinsame Nutzung daran gegen eine Abgabe in Geld, scriptura; an dem zum Ackerbau geeigneten Land durften sie Besitz ergreifen, ager occupatorius, occupatio, possessio; Eigenthümer bleibt der Staat, der Occupant hat nur Interdicte zum Schutz des Besitzes. Alle Bürger (ursprünglich nur die Patricier) hatten das Recht zu dieser Besitzergreifung und die Grenze derselben lag lediglich in dem Willen des Occupanten; an denjenigen Stücken, die noch in Niemandes Besitz waren, war diese Befugniß ganz unbeschränkt, man erwarb sofort durch Occupation das Besitz- und Gebrauchsrecht. Sollte aber nun nicht infolge vorkommender Fälle die Frage aufgetaucht sein, wie es gehalten werden sollte, wenn Jemand einen Theil des von ihm occupirten Landes unbenutzt liegen ließ? Sollte sein Recht dessenungeachtet ewig fortdauern und jedem Andern die Möglichkeit zu einer derartigen Occupation entzogen sein, da in den spätern Zeiten es wohl kaum noch unoccupirte Strecken gab? Wenn man die Ver-

[36]) cfr. über das Nachstehende von Gosen, das öffentliche Vermögen der römischen Republik, in der Zeitschr. für gesammte Staatswissenschaft XXII. p. 87 ff.

hältnisse der damaligen Zeit in's Auge faßt, liegt der Gedanke nicht fern, daß manches Stück des früher occupirten Landes von dem Occupanten nicht benutzt wurde. Denn da die Occupation viel bequemer war, indem man namentlich kein Tributum, sondern nur einen Naturalzehnten an den Staat zu zahlen brauchte, eine Beschränkung der Occupationsbefugniß gewiß aber nicht bestand, so kam es bei der ingens cupido agros continuandi, welche sich der Reichen nach dem Zeugniß des Livius (XXXIV. 4) bemächtigt hatte, wohl häufig vor, daß Jemand von diesem Rechte Gebrauch machte in einem Umfang, der ihm dann die Bewirthschaftung und Ausnutzung des ganzen Besitzes unmöglich machte. Eine ausdrückliche Bestätigung hierfür findet sich in einer Stelle von Sic. Flacc. bei Goës. pg. 3:

> deinde terrae nec tantum occupaverunt quod colere potuissent, sed quantum in spe colendi reservavere,

zusammengehalten mit Paul. Diacon. ex Festo v.:

> occupatitius ager dicitur qui desertus a cultoribus propriis ab aliis occupatur.

Und doch war das Land wegen der einmal erfolgten Besitzergreifung der spätern Occupation durch Andere, die des Landes vielleicht mehr benöthigt waren und dasselbe besser bewirthschaftet haben würden, entzogen. Es wäre ein ganz richtiger Gedanke gewesen, wenn man, da eine räumliche Grenze für die Occupationsbefugniß nicht bestand, wenigstens eine zeitliche Grenze festgesetzt hätte, wie lange für den Fall der Nichtbenutzung des occupirten Landes das Besitz- und Gebrauchsrecht dauern solle und wann Jemand ein bereits occupirtes Stück, welches noch nicht als eigentlich desert gelten konnte, trotz der frühern Occupation durch einen Andern in Besitz nehmen dürfe. Und diese Bestimmung ist meines Erachtens durch unsern Zwölftafelsatz getroffen mit den Worten: usus fundi biennium est. Wenn es sich zeigt, daß der ursprüngliche Occupant wegen der ungeheuren Größe der occupirten Ländereien gar nicht von dem ganzen Land Gebrauch machen kann, so soll es nicht Andern entzogen werden; aus einem Nichtbenutzen zwei Jahre lang kann man das aber annehmen, zwei Jahre lang kann der Occupant sein Recht noch immer geltend machen und durch Benutzung des Landes sein Recht sich erhalten, nach dieser Zeit nicht mehr. Natürlich werden die nicht benutzten Stücke, weil die Benutzung der näherliegenden leichter und weniger kost-

spielig ist, meist am äußersten Ende der ganzen Besitzung gelegen, also an andre Besitzungen gestoßen haben, und die Inhaber dieser anstoßenden Besitzungen, die das Land ihres Nachbars unbenutzt liegen sahen, waren natürlich versucht und in der Lage, dasselbe für sich auszubeuten. — Von Interesse ist für unsere Frage auch die Bestimmung der um viele Jahre jüngeren lex Licinia, quae vetat plus D iugera habere civem Romanum. Nimmt man mit Huschke (über die Stelle des Varro von den Liciniern) und den meisten Neueren an, daß dieses Gesetz sich nicht auf den ager publicus, sondern auf das Privateigenthum bezogen habe, so hat eben eine räumliche Grenze für die Occupationsbefugniß auch zu dieser Zeit noch nicht, so wenig wie vorher bestanden, indem gegen die ingens cupido agros continuandi unser Zwölftafelgesetz genügenden Schutz gewährte; bezieht man aber mit Niebuhr (röm. Gesch. III. 13 ff.) und Göttling (röm. Staatsverf. pg. 351) die lex Licinia auf die possessiones am ager publicus, so spricht dies noch mehr für meine Ansicht: zur Zeit der XII Tafeln war das Occupationsrecht räumlich nicht beschränkt, darum wurde häufig so viel occupirt, daß nicht alles bebaut und benutzt werden konnte, und deßhalb wurde in den XII Tafeln diese zeitliche Grenze festgesetzt; nach dem Licinischen Gesetz, wenn es die räumliche Beschränkung auf 500 iugera des ager publicus enthält, konnte es nicht gut mehr vorkommen, daß Land unbenutzt liegen blieb, daher ist die zeitliche Beschränkung der XII Tafeln fast unpractisch geworden und später davon gar nicht mehr die Rede. Nur der eigenthümlichen factischen Uebereinstimmung wegen, nicht als eigentliches Argument für meine Ansicht, muß ich hier an die Bestimmung der l. 8. C. de omni agro deserto 11. 58 erinnern. Es heißt daselbst:

> qui agros domino cessante desertos — ad privatum pariter publicumque compendium excolere festinat, voluntati suae nostrum noverit adesse responsum, ita tamen ut, si vacanti aut destituto solo novus cultor insederit ac vetus dominus intra biennium eadem ad suum ius voluerit revocare, restitutis primitus quae expensa constiterit, facultatem loci proprii consequatur; nam si bienni fuerit tempus emensum, omnis possessionis et dominii carebit iure, qui siluit.

Wenn diese Bestimmung auch zunächst aus einer finanzpolizeilichen Maßregel hervorgegangen ist, ist es nicht, als ob wir hier eine wörtliche Bestätigung meiner Ansicht hätten, nur in die spätere Zeit übersetzt? Der Eigenthümer läßt sein Land unbebaut liegen, ein Andrer bebaut es zum eignen Vortheil und zum Vortheil des Staats, indem er Steuern davon zahlt: hat der Eigenthümer, der ja nicht eigentlich derelinquirt hat, dies zwei Jahre lang mit angesehen und dazu geschwiegen, so hat er sich „verschwiegen", er hat das ius possessionis et dominii verloren, während der zwei Jahre dauert es aber fort, so daß er es innerhalb dieser Zeit, wenigstens restitutis expensis, geltend machen kann. Hat das nicht eine auffallende Aehnlichkeit mit der Bestimmung der XII Tafeln usus fundi biennium est, wenn man sie in dem von mir behaupteten Sinn auffaßt? Unter derselben Voraussetzung des Unbenutztliegenlassens während zweier Jahre dort der Verlust des ius possessionis et usus, hier des ius possessionis et dominii.

Ich glaube also, daß unser Satz in den Worten usus fundi biennium est sich in der angegebenen Weise auf das Verhältniß am ager publicus bezieht. Daß für dieses Verhältniß der Ausdruck usus gebraucht worden, ist nicht nur nicht undenkbar, sondern sogar sehr wahrscheinlich, da offenbar der Gebrauch und das Gebrauchsrecht die Hauptsache dabei war. So sagt auch Puchta (civ. Abh. pg. 47), der mehr geneigt ist, usus für den natürlichen Besitz, im Gegensatz zu possessio als dem juristischen Besitz, und zwar ursprünglich am Gemeindeland, zu nehmen, es könne doch auch von dem possessor gesagt werden, er habe den usus am Gemeindeland. Wir haben aber auch positive Belege dafür, daß es in der That so gewesen ist.

Es sei erlaubt, den Ausgangspunct von einer Ausführung Huschke's a. a. O. (in der Zugabe über Festus v. Possessiones und possessio pg. 83 ff.) zu nehmen. In der ältern Zeit war der usus das Characteristische für die possessio oder vielmehr aus dem usus entwickelte sich die possessio. „In jeder Sache kann man das Individuum derselben, gleichsam ihr inneres Selbst, wodurch sie ein selbständiges ist, und die Aeußerung der Sache, die theils in Körpern (Früchten), theils in blosen Verhältnissen (Gebrauch) besteht, unterscheiden. Jenes ist das Innere, dieses das Aeußere der Sache; von jenem geht das Eigenthum,

von diesem der Besitz aus, beides aber erstreckt sich in seiner vollen Ausbildung auch bis zur entgegengesetzten Grenze und die Geschichte beider nimmt den Verlauf, daß allmählig ebenso im Besitz das Aeußere immer mehr auch das Innere afficirt und als Aeußerung auffaßt, wie umgekehrt im Eigenthum das Innere immer mehr auch das Aeußere zu einem selbständigen Innern macht. So geht also der Besitz von dem usus aus, ist selbst ursprünglich bloser usus und als solcher im Grund noch gar nicht vorhanden, denn wenn, wie beim Athmen der Luft, dem Gehen auf der Straße, dem Hüten auf der Gemeinweide, noch alle Beziehung auf die Aeußerung einer in sich abgeschlossenen und so für diesen Gebrauch meiner Macht ausschließlich unterworfenen Sache fehlt, so ist dieses nicht possessio, worin nothwendig etwas meiner Persönlichkeit Entsprechendes, ebenso Abgeschlossenes liegt. Hat nun aber durch Individualisirung der nutzbaren Sache der Besitz aus dem usus sich hervorgearbeitet, so bleibt ursprünglich doch immer noch der usus in ihm selbst das Vorwaltende und prägt sich als solches darin ab, daß es vorzugsweise noch auf den Gebrauch der Sache, als das natürlich Aeußere, ankommt. Aber mit fortschreitender Civilisirung afficirt das Aeußere des Besitzes immer mehr auch das Innerliche, und je mehr dies geschieht, desto mehr nähert sich der Besitz dem Eigenthum, der usus tritt zurück, die possessio hervor; seit der Kaiserzeit namentlich kehrt sich das Verhältniß um und die possessio wird das Princip, der usus das Untergeordnete". Diesen Entwicklungsgang finden wir nun beim ager publicus. In der ältern Zeit gab es an demselben blos einen usus, einen allgemeinen blos factischen Gebrauch, in der Weise, daß das Land ohne Grenzabsteckung mit dem Vieh benutzt wurde, ähnlich wie man öffentliche Wege benutzt; jeder gebraucht einfach factisch die Sache (usus promiscuus); später bildete sich das Recht der Occupation, die Befugniß gesonderte Strecken Landes, soweit jeder will, für sich zur Cultur einzunehmen, so daß nun das Moment der rechtlichen Innehabung mehr hervortritt. Aber sogar gegen Ende der Republik war das materielle Element des Gebrauchs und Genusses doch noch vorherrschend, um wie viel mehr also zur Zeit der XII Tafeln, so daß sich die Bezeichnung des Verhältnisses am ager publicus als usus sehr wohl erklärt, wenn auch das

Verhältniß schon das einer mehr rechtlichen Innehabung geworden war. Die Belege aber für das Ausgeführte finden sich in folgenden Stellen:

Festus v. Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus quidam agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager etc.

Das Wesen des Besitzes wird also in den usus gesetzt, cfr. Huschke a. a. O. pg. 93 ff.

l. 115 de V. S. (Javolenus) — — possessio ab agro iuris proprietate distat: quidquid enim adprehendimus, cuius proprietas ad nos non pertinet (Privatbesitz) aut nec potest pertinere (Besitz am ager publ.), hoc possessionem appellamus. Possessio ergo usus, ager proprietas loci est.

Also noch zur Zeit des Javolenus ist das vorwiegende Moment im Besitz der usus. cfr. Huschke pg. 76. 77. pg. 94. N. 31 (woselbst mit Recht auch das hierhergezogen wird, daß beim interdictum uti possidetis die Versteigerung des Besitzes fructus licitatio heißt).

Festus v. Possessiones appellantur agri late patentes publici privatique, qui non mancipatione, sed usu tenebantur et ut quisque occupaverat possidebat [collidebat cfr. Huschke pg. 77].

Possessiones ist der Name für die Ländereien, usus der Name für das Verhältniß daran: man hat sie nicht infolge Mancipation und also nicht zu Eigenthum, nicht zu dominium ex iure Quiritium, sondern man besitzt sie infolge Occupation und hat sie zu usus, zu Besitz- und Gebrauchsrecht. cfr. Huschke pg. 75 ff.[37])

[37]) Was die Bedeutung des Ausdrucks agri publici privatique anbelangt, so kann ich der eignen Ansicht von Huschke nicht beistimmen, wenn er auch mit vollem Recht gegen Niebuhr sich erklärt. Er sagt: „die Worte privatique, von denen Niebuhr meint, sie verderben die Definition, werden vollkommen durch den Bericht des Appian gerechtfertigt, daß der Länderbesitz der Reichen, obgleich er hauptsächlich auf Occupation von ager publicus beruhte, doch erst durch rechtmäßige oder unrechtmäßige Einnahme von ager privatus kleiner Leute sich so sehr und zwar schon zur Zeit des Licinius Stolo vergrößert habe. Privatique, verschieden von et oder vel privati, drückt nämlich eben diese blose Vergrößerung des ager publ. durch ager privatus possessus und damit den allmähligen Uebergang des Besitzes auch auf res privatae aus." Diese Annahme scheint

Gai. II. 7. Sed in provinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur.

Die praedia provincialia sind in der gleichen Stellung wie früher der italische ager publicus, das Recht der Einzelnen daran ist kein Eigenthum, sondern blos possessio und ususfructus, Besitz und Gebrauchs- und Fruchtziehungsrecht. Das, was hier ususfructus heißt, ist in der ältern Zeit der usus.

Durch das bisher Ausgeführte dürfte der Beweis der Behauptung, das Verhältniß am ager publicus sei usus genannt worden, erbracht sein. Und von diesem usus glaube ich, daß die XII Tafeln angeordnet haben, er solle in der oben angegebenen Weise zwei Jahre fortdauern.

Neben dieser Grenze für die Dauer des usus, des Rechts am ager publicus, bestimmen nun aber gleichzeitig die XII Tafeln eine Zeitgrenze hinsichtlich derjenigen Sachen, welche im vollen Eigenthum der Privaten stehen: wie der usus infolge Nichtbenutzung des occupirten Landes, so soll die auctoritas, das Eigenthumsrecht, verloren gehen, wenn es gewisse Zeit hindurch nicht geltend gemacht wird, obgleich die Veranlassung zur Geltendmachung vorliegt. Denn daß es auch an Grundstücken ein volles Privateigenthum gab, dürfte mit Grund nicht zu bestreiten sein. Es kann zugegeben werden, daß gerade gegenüber den possessiones am ager publicus — weil sie ja viel bequemer waren als das volle Eigenthum — das Privateigenthum namentlich der

mir unbegründet, es fehlt an dem Nachweis eines Zusammenhangs zwischen dem Bericht Appian's und dem Ausdruck agri publici privatique. Außerdem würde doch wohl dann, wenigstens im Fall eines rechtmäßigen Erwerbs von Privateigenthum kleiner Leute, nicht gesagt werden können: usu tenebantur et ut quisque occupaverat, possidebat. Mir scheint mit diesem Ausdruck nur gesagt zu sein: die von den einzelnen occupirten Ländereien (die meist agri late patentes waren) stehn in einem zwiefachen Rechtsverhältniß, sie sind agri publici als Theile des ager publicus, sie sind aber zugleich agri privati, weil das Verhältniß daran nicht mehr wie früher ein rein factisches (usus promiscuus), sondern ein durch Interdicte geschütztes und darum rechtliches Verhältniß, ein Privatrecht auf Gebrauch und Genuß ist. Man braucht darum nicht mit Rudorff (cfr. Puchta Curs. d. Inst. I. §. 40. N. b) anzunehmen, daß es „das gemischte Verhältniß sei, welches durch den unvordenklichen Besitz der Latifundien entstehe.“

Reichen, die das zur Bewirthschaftung der großen possessiones erforderliche Capital hatten, nicht sehr bedeutend war, aber die Ansicht, daß das ganze Land im Gesammteigenthum gestanden und es gar kein Sondereigenthum an Grundstücken gegeben habe, halte ich bei einem Ackerbau und Viehzucht treibenden Volk, wie die Römer waren, auch für die älteste Zeit nicht für begründet. Jedenfalls gab es — ganz abgesehen von der schon durch Romulus vorgenommenen Zutheilung von 2 iugera, was nach und nach um je 7 iugera vergrößert wurde — zur Zeit der XII Tafeln Privateigenthum an Grundstücken, und dieses soll unter den angegebenen Voraussetzungen nach zwei Jahren verloren sein.

So haben wir eine einfache und meines Erachtens befriedigende Erklärung unseres Satzes: usus auctoritas fundi biennium est.

Bei dieser Ansicht erklärt sich auch ein Umstand, der sonst wohl geeignet wäre, Bedenken zu erregen, der Umstand nämlich, daß bei den beiden andern auf die Usucapion bezüglichen Sätzen: adversus hostem aeterna auctoritas und: rei furtivae aeterna auctoritas allein das Wort auctoritas steht und usus fehlt. Der Grund hierfür liegt bei dem ersten Satz: adversus hostem aeterna auctoritas einfach darin, daß ein peregrinus zur Besitzergreifung und Nutznießung des Staatslandes gar nicht berechtigt, daß seine Besitzergreifung also ganz bedeutungslos ist und dem frühern Occupanten sein Recht nicht entziehen kann, einer besondern Bestimmung darüber bedurfte es nicht; Eigenthum hingegen konnte der Peregrine an sich erwerben, wenn es nur nicht eine res mancipi war, die durch besondere Formen, deren der Peregrine nicht fähig, erworben werden mußte: hatte nun etwa ein Nichteigenthümer einem Peregrinen eine Mobilie oder Immobilie tradirt, so sollte das Recht des Eigenthümers dem Peregrinen gegenüber trotz des Zeitablaufs nicht verloren gehen. Und für den zweiten Satz: rei furtivae aeterna auctoritas est ist der Grund für das Fehlen des „usus“ der, daß an Grundstücken kein furtum begangen werden kann, der Satz sich also blos auf Mobilien bezieht, bei Mobilien aber nur eine auctoritas denkbar ist, indem das Wort „usus“ in der Bedeutung wie wir es genommen haben, als das durch Occupation erworbene Besitz- und Gebrauchsrecht am ager publicus, eben nur von Grundstücken, nicht von Mobilien gebraucht werden kann.

Ein dreifaches Bedenken aber, welches meiner Ansicht entgegengehalten werden könnte, muß noch beseitigt werden.

Der Ausdruck fundus könnte Zweifel erregen. Es heißt, wenn von den Staatsländereien die Rede ist, immer ager: ager publicus, ager arcifinius, ager quaestorius, ager occupatorius. Sollte sich da fundus nicht blos auf das Privateigenthum beziehen? Es ist das aber doch nicht der Fall. Aus andern Stellen können wir ein Gegenargument gegen diesen Einwand entnehmen. Varro de L. L. 4. 3 stellt ager und fundus ganz gleich[38]), nach Auct. de limit. pg. 216 (Goës) ist fundus eine Art Flächenmaß. Die l. 211 de V. S. sagt

> Fundi appellatione omne aedificium et omnis ager continetur; sed in usu urbana aedificia aedes, rustica villae dicuntur. Locus vero sine aedificio in urbe area, rure autem ager appellatur. Idemque ager cum aedificio fundus dicitur.

Die zuerst erwähnte ganz allgemeine Bedeutung von fundus, wonach das Wort sowohl Gebäude wie gebäudelose Grundstücke umfaßt, kann es natürlich in den XII Tafeln nicht haben, sonst hätte Cicero nicht sagen können: at in Lege aedes non appellantur; hingegen hindert uns nichts, fundus so aufzufassen, daß mit der Bezeichnung omnis ager continetur. Die engere Bedeutung von ager ist nach l. 27 pr. eod. locus qui sine villa est, während fundus insofern weiter ist, als es auch den ager cum aedificio bezeichnet, das Landgut im Gegensatz zu den städtischen Gebäuden, den aedes. Also fundus kann gleichbedeutend mit ager gebraucht werden. Daß es aber immer heißt: ager publicus, ager arcifinius etc., erklärt sich wohl daraus, daß ager die allgemeinere Bedeutung von Land, Grund und Boden hat und daß namentlich da, wo von der natürlichen Beschaffenheit und sonstigen Eigenschaften des Bodens gesprochen wird, stets der Ausdruck ager vorkommt, während fundus mehr das einzelne Grundstück, welches Jemand besitzt, oder einen Complex solcher Grundstücke bezeichnet, z. B. ager montanus, ager arcifinius etc., aber fundus Sempronianus, Cornelianus etc. Eine Bestätigung dafür finden wir bei Varro de R. R. I. 6, der tria genera agri unterscheidet, nämlich campestre, collinum, mon-

[38]) Ager sei fundamentum, daher fundus.

tanum, und zu diesen ein viertes genus hinzufügt, „ut in eo fundo, in quo haec duo vel tria sunt." Daß ager gewöhnlich das allgemeinere ist, worin die verschiedenen fundi enthalten sind, geht auch aus einer Stelle von Cicero de lege agr. contra Rullum III. cap. 2. §. 8 hervor, wo es heißt: fundus Irpinus sive ager Irpinus, totum enim possidet; also enthält ager den fundus, ager ist das ganze Gebiet, ager Romanus, ager Campanus etc., fundus ist das einzelne Grundstück oder der Grundstückscomplex darin. Es ist daher ganz erklärlich, daß unsere Stelle lautet: usus auctoritas fundi und nicht agri.

Das andere Bedenken könnte hergenommen werden aus der Stelle von Cicero Top. cap. 4, wo es heißt: — — et sunt (scil. aedes) ceterarum rerum, quarum annuus est usus. An den ceterae res, wozu insbesondere Mobilien gehören, kommt, wie oben bemerkt, usus in unserer Bedeutung nicht vor; man sollte also erwarten „quarum auctoritas annus oder annua est", und doch heißt es: quarum annuus est usus. Schon oben ist hervorgehoben worden, daß wir in diesem Satz nicht eine diplomatisch genaue Relation der XII Tafeln haben, sondern daß Cicero nur den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Bestimmung in rhetorischer Wendung wiedergiebt: in dieser Stelle der Topica kam es aber in der That auch nur auf den Gegensatz der Sachen und der Zeit an, sich genau an die Worte zu halten lag keine Veranlassung vor. Angenommen unser Fragment hätte so gelautet, wie ich in der Ueberschrift angegeben habe: usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus est (scil. auctoritas), wie hätte das Cicero bei seiner Erörterung ausdrücken sollen? Etwa so: die aedes werden in den XII Tafeln nicht genannt, sondern nur der fundus, jene gehören zu den ceterae res, hinsichtlich deren die Bestimmung lautet „ceterarum rerum annus est" oder „auctoritas ceterarum rerum annus est". Statt dessen sagt er in rhetorischer Umwandlung und Verbindung: quarum annuus est usus. Daß er aber den Ausdruck usus braucht und es nicht heißt: quarum annua est auctoritas, erklärt sich wohl aus demselben Grund, aus dem das letzte Bedenken seine Beseitigung findet.

Dieses letzte Bedenken ist aber das: Warum erwähnen die spätern Juristen bei der Darstellung der Usucapion gar nichts von diesem usus als dem Recht am ager publicus, warum fassen

sie das Verhältniß des usus nicht mehr in seiner ursprünglichen Bedeutung auf, warum stellen sie die usucapio dar als Erwerbung des Privateigenthums durch fortgesetzten Besitz? Liegt darin nicht ein Argument gegen meine Ansicht? Aber auch dieser Einwand läßt sich widerlegen. Wenn die XII Tafeln auch nur die Extinctivverjährung gekannt hätten, so lag doch, wie schon oben bemerkt, in dieser der Keim der Acquisitivverjährung, es war nur ein weiterer Schritt, daß, wenn der Eine sein Recht verlor und gegen einen Andern, der im Besitz war, nicht mehr geltend machen konnte, man, statt gar keinen Berechtigten anzuerkennen, diesem Andern das Recht zuschrieb; und die Voraussetzung für diesen Erwerb war eben der eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzte Besitz, usus in diesem Sinn. Es ist aber, wie oben ausgeführt wurde, sogar anzunehmen, daß ein Erwerb des Rechts durch fortgesetzten Besitz schon zur Zeit der XII Tafeln bekannt war, und diese setzen blos die wichtigste Bestimmung dabei, die Zeit fest, nur daß sie bei dieser Zeitbestimmung von der Person des Verlierenden ausgehen. Durch den Umstand nun, daß am Ende der Republik und noch mehr in der Kaiserzeit fast aller ager publicus durch die vielfachen Assignationen zu freiem Privateigenthum geworden war, erklärt es sich, daß die spätern Juristen das frühere Verhältniß gar nicht mehr berücksichtigen; von usus auctoritas ist nur noch historisch die Rede, es ist die Grundlage der Usucapion, von welcher dieselbe ihren Ausgang genommen hat, es ist nicht mehr usus capio, Erwerbung des usus am ager publicus, sondern usu capio, Erwerbung des Eigenthums durch fortgesetzten Besitz, die Usucapion ist als Acquisitivverjährung des Privateigenthums allein von practischer Bedeutung.

Sollte man aber diese Hypothese — denn auf dem Boden der Hypothese stehen wir — wonach usus sich auf das Verhältniß am ager publicus bezieht, doch zu bedenklich finden, namentlich aus dem Grunde, weil wir sonst nirgends etwas über eine solche zeitliche Grenze der Occupationsbefugniß erwähnt finden, und will man demnach usus in gleicher Weise wie auctoritas vom Privateigenthum verstehen: so wird dadurch doch meine Ansicht von der extinctiven Fassung des Satzes usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus est nicht berührt. Dann heißt eben usus auctoritas, wie oben ausgeführt worden ist, der Inbegriff der Eigenthumsrechte, die äußere und innere Seite,

das Gebrauchsrecht und Vindicationsrecht; denn daß usus zur Zeit der XII Tafeln auch von dem Privatbesitz gebraucht worden ist, ergiebt sich aus dem oben Erörterten zur Genüge. Dann paßt auch unbedenklich die von mir angenommene Fassung unseres Satzes: usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus est, indem sich dann usus und auctoritas gleichmäßig auf fundus und ceterae res bezieht. Hält man die Bedeutung von usus als dem Verhältnisse am ager publicus fest, so müßte wohl eher die Fassung gewählt werden: usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum auctoritas annus est; denn das Herüberziehen blos des einen Substantivs aus usus auctoritas auf ceterae res hat allerdings, ebenso wie ein Wechseln der Bedeutung des usus, etwas Bedenkliches.

Beiträge zur deutschen Rechtsgeschichte aus den Dichtungen Konrads von Würzburg.

Von

Dr. Richard Schröder, Professor in Bonn.

In einem Aufsatze „Beiträge zur Kunde des deutschen Rechts aus deutschen Dichtern" [1]) habe ich vor einiger Zeit versucht die hohe Bedeutung der mittelalterlichen Poesie für die deutsche Rechtsgeschichte an einigen Beispielen darzulegen, von denen der Schwanritter Konrads von Würzburg wie durch reichen Inhalt, so ganz besonders durch die juristische Schärfe der Darstellung und die genaue Uebereinstimmung mit dem wirklichen Rechtsleben seiner Zeit weitaus den ersten Platz einnimmt. Besonders das so anschaulich von Konrad geschilderte possessorische Verfahren ließ sich aus einer Reihe urkundlicher Belege des 13. und 14. Jahrhunderts für ganz Süddeutschland nachweisen [2]), namentlich sahen wir, daß es auch in Konrads engerer Heimat, in Basel, der gerichtlichen Praxis wolbekannt war (a. a. O. 168).

[1]) Zeitschrift für deutsches Alterthum 13, 139—161.

[2]) Ebenda 161—175. Vgl. jetzt auch Franklin, Gesch. d. Reichshofgerichts 1, 47. 116. 125. 129. 160. 182. Einige der früher von mir zusammengestellten Belege finden sich auch bei Hasenöhrl (österr. Landesrecht 122), der meinen Aufsatz noch nicht gekannt hat.

Ich freue mich, dem noch einen neuen Beleg v. J. 1402 hinzufügen zu können (Rechtsquellen von Basel I. Nr. 74). Vor Bürgermeister und Rat der Stadt Basel wird geklagt, daß ettelich erber lúte von todes wegen in unser statt abgangen sient, die in irem todbette oder davor ettelichen geistlichen lúten âne ir nechsten erben wissen und willen sœllent ir guote vergeben und beschiket han, und nach der tode die selben geistlichen lúte mit gewalte unervolgot des rechten in die húser, in den dieselben abgangenen lúte sesshaft warent, gangen sint, die kisten ufgetan und, waz si da fundent, genomen und dannen getragen habent âne der erben wissen und willen, die doch von gemeinem rechten und nach únser stette recht, friheit und gewonheit billich und vor allen dingen in gewalt und gewere des erbes werent und sint ze setzende. Das Urtheil lautet: sider doch von gemeinem rechten ein ieklich erbe vor allen dingen in gewalt und gewere des erbes ze setzent ist, das ouch denne die geistlichen lúte oder ander, wer die sint, die da ussgetragen habent âne der erben wissen und willen, das so si ussgetragen habent und genomen unervolgot des rechten, fúrderlichen wider in tragen sœllent genzlichen, und das man die erben in gewalt und gewer nach únser stette friheit, recht und gewonheit des erbes setzen sol und lassen; wenne das also beschicht, so sœllent si fúr únsers schultheissen gerichte, da eigen und erbe uszetragen sint die in únser statt ze vall koment, gan und daz recht wider die erben umb ir zuosprúch suochen und nemen, das ouch inen fúrderlichen beschechen sol daselbs [3]).

Konrad's auffallende juristische Schärfe, zu der er vielleicht durch einen Lebensberuf als Schöffe oder Fürsprecher noch besonders angeleitet wurde, macht es wünschenswert, auch seine übrigen Werke mit juristischem Auge zu betrachten, wenngleich

[3]) Das possessorische Verfahren ist auch dem österreichischen Landfrieden Ottokar's (um 1251) bekannt: Wir setzen und gebiten: swer den andern sines gutes entwert, mak der chlager daz bringen selbe dritte siner hausgnozze . . . mit dem æide auf den heiligen, man antwurt im di gwer wider, und sol uns (l. ims) der rihter als lange schermen, als si ener (l. jener) gehabt hat; und swaz er sin gnozzen hat, daz sol er im selbe anderez wider geben. (Archiv f. Kunde österreichischer Geschichte 1 [a], 59.)

die von ihnen gewährte Ausbeute unendlich hinter dem Schwanritter zurückbleibt. Die goldene Schmiede, das Turnei von Nanteis, Pantaleon, das Herzmähre und der werlde lôn bieten für uns nichts Beachtenswertes, auch der trojanische Krieg, Silvester und der heilige Alexius sind von geringer Bedeutung, so daß eigentlich nur Otte mit dem Barte und Engelhard in Betracht kommen.

Der trojanische Krieg[4]) enthält zunächst einige Stellen, die für die Geschichte der Eheschließung zu beachten sind (836—840. 942—975. 9074—9141. 10188—10201. 22790—22931. 23199—23216. 23237), darunter die von dem Fortsetzer herrührende Bemerkung über die Ehe des Deiphobus mit der Witwe seines Bruders: wie nû daz wære ein missetât, sô was ez in dô niht verboten (45798 f.). Für Helena wird, als sie nach Troja kommt, eine Art Prinzessinnensteuer erhoben: ir wart gegeben hantgift von manger hande krâme dô (23180 f.). Ueber die Verpflichtung der Dienstmannen zur Treue gegen ihren Herrn spricht der Dichter (19234—43) sich folgendermaßen aus:

herr, ich bin iuwer dienestman,
der iuch vor schaden behüeten sol.
ich weiz daz unde erkenne wol,
daz ich an allen sachen
muoz iuwer êre bewachen
vor lasterlicher ungeschiht.
swer sînen herren warnet niht
vor schedelicher riuwe,
der brichet sîne triuwe
und sîne hôhe stætekeit.

Silvester[5]). Bei der Besprechung des Lohengrin (a. a. O. 157) habe ich die weitverbreitete Ansicht des Mittelalters, daß Karl der Große der Gründer des gesammten Rechtszustandes sei, des näheren berührt. Neben Karl wird schon im textus prologi zum Sachsenspiegel Constantin der Große genannt, und Ssp. III, 63. §. 1 berichtet: Constantin de koning gaf deme pavese Silvestre werltlik gewedde to'me geistliken, die sestich schillinge, mede to dvingene alle jene, die gode nicht beteren

[4]) Bibliothek des liter. Vereins XLIV.
[5]) Herausgegeben von Wilh. Grimm, Göttingen 1841.

ne willen mit deme live, dat man sie dar to dvinge mit deme gude. Hierauf bezieht sich dann weiter die Nachricht des Schwabenspiegels (Laßberg, Vorrede f), der Papst Silvester und König Constantin hätten bestimmt, daß, wer sechs Wochen und drei Tage im Bann gewesen sei, in die Acht gethan werden solle. Diese Anschauung, welche auf Constantin's Uebertritt zum Christenthum und auf der Fabel von der constantinischen Schenkung beruhte [6]), kehrt auch in unserm Gedichte wieder, welches ohne weiteren positiven Anhalt dem Kaiser Constantin sieben Gesetze, den sieben Wochentagen entsprechend, zuschreibt: 1. Gebot des Christenthums (1871—79), 2. Verbot der Lästerung Christi (1883—89), 3. Verbot jeder Gewaltthat gegen Christen bei Verlust des dritten Theils des Vermögens (1893—97), 4. Anerkennung des Papstes als Haupt der Christenheit: daz er ein houbet solte wesen der pfafheit algelîche über allez rœmisch rîche, alse aller rihtære der künec ein houbet wære (1901—5); 5. Kirchenfriede und Asylrecht [7])

daz man durch keiner slahte nôt
den kirchen brechen solte ir fride,
sô daz sîn leben und diu lide
ein man generte drinne
vor alleme ungewinne
und vor dem rihtære:
swenn er entrunnen wære
durch sîne grôze schulde drîn,
daz er beschirmet solte sîn.

6. Neue Kirchenbauten bedürfen päpstlicher Genehmigung (1919—23). 7. Gebot des Zehnten von alleme guote küneclich (1926—32). Später wird noch ein achtes Gesetz Constantin's erwähnt, wonach jeder Arme, der sich zum Christenthume bekehrt, vom Kaiser eine Belohnung erhalten sollte, um dieselbe dem Papst zu opfern (2025—40). Endlich finden wir im Silvester die Prozeßregel anerkannt, wonach die von einer Partei vorgebrachten Urkunden gegen diese selbst volle Beweiskraft haben:

mit rehte er sich beschirmen kan
swer überredet einen man
ûz sîn selbes buochen.

[6]) Vgl. Friedberg, de finium inter ecclesiam et civitatem regundorum udicio 52—59. [7]) Vgl. cod. theod. 9, 45. cod. iust. 1, 12.

wer sol ein schirmen suochen
daz bezzer künne werden?
ob der mensche ûf erden
mit dem urkünde sîner schrift
gevelschet wirt, deist ein vergift
sîns rehtes und der êren gar.

Allerdings war Konrad mit dieser Ansicht seinen Zeitgenossen (er starb 1287) weit vorausgeeilt; die Anschauungen seiner Zeit gibt er im Schwanritter wieder: „an brieve lieze ich unde züge vil harte ungerne mîniu reht. man schrîbet an ein permint sleht, swes man geruochet unde gert“ (a. a. O. 147 f.).

Der heilige Alexius[8]). Eufemian, ein edel herre zu Rom (57), der erste der kaiserlichen Hofbeamten (78—81), hat seinen Sohn Alexius schon in der kintheit mit einer Jungfrau kaiserlichen Geschlechts vermählt (160—163). Die Trauung ist in der Kirche durch Priester vollzogen worden[9]):

si wart im als ein êlich wîp
gemahelt in dem tempel sus
dâ sante Bonifâcîus,
der marteræere genædec, ist.
vil werder priester, wizze Krist,
ze samene gâben si des tages.

Auf die Trauung soll das Beilager folgen, dasselbe wird aber von Alexius nicht vollzogen; er schenkt seiner jungen Frau, die sîn gemahel worden was (399), Ring und Hauptschmuck und verläßt sie alsbald, um sich ganz dem Dienste Gottes zu widmen (230 ff.).

Als Beispiel einer Freilassung ist V. 611—617 zu erwähnen. Von den Kaisern Arcadius und Honorius sagt der Verfasser (884 ff.):

die keiser beide, als ich ez las,
die rœmisch reht behielden
und dô des rîches wielden.

Otte mit dem Barte[10]). Kaiser Otto hält ein großes Fest zu Bamberg, und zu Hofe eilen vil hôher eppete und

---

[8]) Herausgegeben von Haupt, Zeitschrift für deutsches Alterthum 3, 535 ff.

[9]) Vgl. Friedberg, Recht der Eheschließung 81.

[10]) Herausgegeben von Hahn, Bibl. der gesammt. deutsch. National-literatur XIII. 3.

manic werder bischof, auch grâven, vrîen, dienestman, die daz rîche hôrten an und den keiserlichen voget (28—37). Die Trilogie der Grafen, Freien und Dienstmannen, von denen die letzteren hier noch besonders als Reichsdienstmannen bezeichnet werden, kommt auch sonst häufig bei Dichtern wie in Urkunden vor[11]). Sie schließt sich, namentlich wenn ihr wie in unserer Stelle der König und die geistlichen Fürsten vorangestellt werden, genau an die Heerschildsordnung an. — Unter den Gästen befindet sich auch der junge Sohn des Schwabenherzogs, der, obwol noch kein wirklicher Fürst (vgl. Sächs. Lehnr. 20. §. 5), doch dem gewöhnlichen Sprachgebrauche entsprechend als der junge fürste wünnesam (69) und selbst als herzog (127) bezeichnet wird. Sein Zuchtmeister Heinrich von Kempten, ein auserwählter Ritter und Held, tödtet im Zorn den königlichen Truchseß, der mit dem Stabe in der Hand für Anordnung der Tafel und, freilich in sehr roher Weise, für Aufrechterhaltung der Zucht bei Hofe gesorgt hatte (72 ff. 116—121). Heinrich wird vom Hofe verbannt und kehrt nach Schwaben zurück, wo er als Dienstmann des Stifts zu Kempten ein Lehn besitzt:

381. er kêrte gegen Swâben wider
und lie sich dâ ze lande nider
ûf ein rîchez lêhengelt:
acker, wisen unde velt
385. het der von Kempten, als ich las,
dar ûf liez er sich, wan er was
ein dienestman der selben stift.

Nach längerer Zeit unternimmt der Kaiser einen Kriegszug nach Italien[12]), und da er bei Belagerung einer italienischen Stadt weiterer Unterstützung bedarf, so sendet er nâch tiuscher ritterschaft (404):

er hiez in allen enden
den liuten künden unde sagen,
swer iht hæte bî den tagen
ze lêhene von dem rîche,
410. daz im der snellecliche
ze helfe kœme bî der stunt.

---

[11]) Vgl. a. a. O. 140. 159. Konrads Engelhard V. 5085 (s. unten). Bruder Wernher in v. d. Hagen's Minnesingern 3, 12. Rechtsalterthümer 281.

[12]) Vgl. Weiland i. d. Forsch. z. deutsch. Geschichte 7, 122.

dâ bî tet er den fürsten kunt,
swer im wære dienesthaft
und lêhen oder manschaft[13])
enpfangen hæten von (under?) in,
daz die ze helfe kœmen hin
ze Pülle bî den zîten
und ime dâ hülfen strîten:
swer des niht entæte,
daz der sîn lêhen hæte
verwürket und ez solte lân.

Die Pflicht zum Reichskriegsdienst beruhte auf dem Besitz eines Reichslehns, galt aber mit Ausnahme der Römerfahrt nur für Kriege innerhalb Deutschlands (vgl. Homeyer, System des Lehnrechts 379 f.); jedenfalls schwebte unserm Dichter, obgleich er nur von der Belagerung einer italienischen Stadt redet, der Fall der Römerfahrt vor. Das Aufgebot ergieng an die unmittelbar vom Reiche belehnten (besonders an die Fürsten und die Reichsdienstmannen) und verpflichtete sie bei Strafe der Felonie, nicht nur persönlich[14]) Heeresfolge zu leisten, sondern auch ihre Mannen, mochten diese nun Reichsaftervasallen oder mit ihrer Herren Eigen belehnt sein, dem Reichsheere zuzuführen (V. 414 f. 447). So macht sich denn auch der Abt von Kempten, der fürste lobesam, nachdem er selber aufgeboten ist[15]), mit seinen Mannen kriegsbereit:

ouch wurden schiere, sô man seit,
al sîne dienestman besant
und ûf die reise dô gemant
mit triuwen und mit eiden.[16])

Unter den Dienstmannen des Abts befindet sich auch Ritter

[13]) Das Wort ist hier nicht in dem technischen, sondern in dem allgemeineren Sinne „Lehnspflicht“ zu nehmen: „wer von ihnen (den Fürsten) ein Lehn empfangen oder ihnen gegenüber eine Lehnspflicht übernommen hätte“.

[14]) oder durch einen vom Herrn genehmigten Stellvertreter (vgl. II. F. 55. §. 1). Das Recht des Vasallen, sich durch eine Heersteuer von der Pflicht der Römerfahrt frei zu kaufen, läßt der Dichter unberücksichtigt.

[15]) Ohne selbst zum Reichsheer aufgeboten zu sein, durfte der Lehnsherr seine Mannen nicht zur Heeresfolge aufbieten (Sächs. Lehnr. 46. §. 3). Anders war es bekanntlich in Italien und bei den sogenannten Ledigmannen (homines ligii).

[16]) d. h. bei ihrer beschworenen Lehnstreue. Vgl. Weiland a. a. O.

Heinrich, der, weil er selbst vom Angesicht des Königs verbannt ist, seinen Herrn bittet, statt seiner sich seine beiden Söhne gefallen zu lassen (434—467). Allein der Abt lehnt die Stellvertretung ab und besteht auf Heinrich's persönlichem Erscheinen:

„ist, daz ir dâ wider strebet
und ir mir dienstes abe gânt,
swaz ir von mir ze lêhen hânt,
weiz got, daz lîhe ich anders war,
dâ manz verdienen wol getar“.

Man sieht aus dieser Drohung, daß der Lehnsherr sich das Recht zuschreibt, im Falle einer Felonie das Lehn ohne Rücksicht auf die vorhandenen Lehnserben einzuziehen (vgl. Homeyer, a. a. O. 511). Die in dem Ungehorsam des Mannes liegende Treulosigkeit würde diesen aber außerdem ehrlos machen (vgl. Homeyer 510). Aus diesem doppelten Grunde beschließt Heinrich [17]) dem Aufgebot zu folgen:

496. „ê daz ich lâze ûz mîner hant
mîn lêhen und mîn êre,
ê rîte ich unde kêre
mit iu benamen in den tôt.
mîn helfe sol ze rehter nôt
iu bereit mit willen sîn,
wande ir sît der herre mîn,
den ich dienstes muoz gewern“.

Es gelingt ihm, die Huld des Kaisers, dem er das Leben rettet, wiederzugewinnen; zum Dank gibt ihm der Kaiser ein Lehn: ein gelt gap er im unde lêch, daz jâres galt zwei hundert mark (732 f.). Ueber den Ausdruck „gelt“ oder „gülte“ in dieser Bedeutung vgl. V. 58. 383. Schwanritter 394. 575. Engelhard 1445. 1624.

Engelhard [18]). In Burgund lebt ein herre von gebürte frî (223), ein armer edel man (270). Sein Sohn Engelhard weiß nicht, wie er bei seiner Armut erwerben möge ritters name und ouch sîn amt, Ehren auf die er doch durch seine Abstammung einen Anspruch zu haben meint (288 ff.). Letzteres wird

[17]) Auch dem Kaiser gegenüber entschuldigt er sich: „wære ich mit ime ûz niht komen, mîn lêhen hæte er mir benomen“ (709 f.).

[18]) Herausgegeben von Haupt, Leipzig 1844.

auch dadurch anerkannt, daß der Dichter ihn als einen Edelknaben (kneht vil edel von geburt: 412. vgl. 771) bezeichnet. Er will in fremden Landen als kneht sein Heil versuchen und hofft vom Dänenkönig richiu swertlêhen zu erwerben (308. 317). — Engelhard und sein Geselle Dietrich, der Sohn des Herzogs von Brabant, kommen an den dänischen Hof und werden auf ihre Erklärung, dem Könige dienen zu wollen, von diesem eingekleidet, an des küniges hof geschriben und ehrerbietiger Behandlung seitens des Hofgesindes (hoveschar) empfohlen (738—43. 831).

Nach einiger Zeit erhält Dietrich die Nachricht von dem Tode seines Vaters:

„der fürste dâ von Brâbant,
des ir ze vater muostet pflegen,
der ist nû lange tôt gelegen,
und ist daz herzogentuom
und al sîn fürstelicher ruom
mit im ûf iuch gevallen.
dar umbe sult ir wallen
wider heim gar balde dan,
ê daz iuwer dienestman
vil lîhte geben eteweme,
entweder disem oder deme,
iuwer liut und iuwer lant.
ir muot der ist alsô gewant,
ob ir niht balde komet dar,
daz si gedenkent etewar
zeinem herren sich gehaben.
daz ir nû lange sît begraben,
seht, daz ist ir aller wân“.

Sehr bemerkenswert ist die gewichtige Stellung, die hier den Dienstmannen des Herzogs eingeräumt wird. Zwar wissen wir aus zahlreichen Urkunden, besonders aus Reichsweisthümern, wie die Ansprüche der Dienstmannen im Laufe des 13. Jahrhunderts so gestiegen waren, daß die Fürsten sie kaum noch in die gehörigen Schranken zurückverweisen konnten; nach unserer Stelle aber war ihr Einfluß theilweis schon so bedeutend, daß bei unbeerbtem Tode des Herrn die Wahl eines neuen Herrn ganz in ihrer Hand lag. Von einer Mitwirkung des Reichs ist gar keine Rede mehr.

Dietrich kehrt heim. Sein Freund Engelhard, der sich glücklich preist, daß ein junger fürste, eines landes herre grôz sich zu seinem Gesellen erniedrigt habe (1458—65), lehnt Dietrich's Anerbieten, ihn in Brabant zum Ritter schlagen zu wollen, ab, er will Dänemark nicht verlassen „biz an den freudebæren tac, daz ich ritter werden mac“ (1532—43), obgleich er bis dahin noch längere Zeit als ein vil ellender kneht, der niht geltes hât, dienen muß (1442—45). Engelhard wird der Tochter des Königs zum Kämmerer gegeben (1842 f.) und endlich nebst 30 andern Jünglingen, unter denen des Königs Schwestersohn Ritschier von Engeland, vom Könige zum Ritter geschlagen (2414—43). Ritschier ertappt seinen Schwertgenossen bei einer Umarmung mit der Königstochter und klagt ihn der Unzucht an. Der König leitet auf Antrieb seiner Räte das Verfahren gegen Engelhard ein (3636—47) und droht seiner Tochter Engeltrud mit Enterbung, wenn sich die Anschuldigung bewahrheiten sollte:

3716. „und zwâre sît daz Engeltrût
hât übergangen mîn gebot,
sô muoz si darben, sam mir got,
daz si von mir erben sol“.

Diese Drohung ließe sich für die Zeit der Volksrechte rechtfertigen, dagegen steht sie im Widerspruche mit dem Rechtssprichwort: Verspelt eine fruwe ere ehre, se vorlüst nicht ere gut (s. Bd. 5, 35. Graf und Dietherr, Rechtssprichw. 154, 106) und mit der bekannten Stelle Ssp. I, 5. §. 2: Wif mach mit unkuschheit irs lives ire wifliken ere krenken, ire recht ne verlüst se dar mede nicht, noch ir erve. Eine eigenthümliche Wendung hat die Sache im Schwabenspiegel (L. 15. W. 16) genommen, indem hier, offenbar auf Grund von Nov. 115. c. 3. §. 11, unter vierzehn Enterbungsgründen als letzter aufgezählt wird: ob ein tohter ungeraten wirt, daz si man zuo ir leit âne ir vater willen, die wile si under fiunf und zweinzec jarn ist. kumt si über funf und zweinzec jar, so mac si ir ere wol verliesen, aber ir erbe kan (sie) niemen verliesen. Aehnliche Bestimmungen [19]) finden sich im Hunsingoer Oberrecht §. 23 (Richthofen, fries. Rqu. 351), im bairischen Landrecht v. 1346 Tit. 11. §. 11 und in einem Baseler Statut des 15. Jh.

---

[19]) Vgl. meine Geschichte des ehel. Güterrechts II. 1. S. 12. 22.

(Rechtsqu. von Basel 1, 139). Es muß dahingestellt bleiben, ob Konrad Bestimmungen wie die des Schwabenspiegels kannte, oder ob wir es mit einer bloßen poetischen Licenz zu thun haben, die sich der Dichter bei einer königlichen Verfügung immerhin erlauben durfte.

Engelhard erbietet sich zum Unschuldseide (vgl. 3813):

3976. „mîn lougen ich hie biute
als ein unschuldiger man.
swie mirz gerihte erteilen kan,
alsô wil ichz bewæren“.

Er wählt diese Vertheidigung, weil er wegen seines geringeren Standes den Kläger nicht zum Zweikampfe herausfordern kann:

„hæt iemen anders diz geseit,
der mîn gelîcher wære,
ich hieze in lügenære
und rette mit im verre wirs.
herre, nû geloubet mirs,
wæret ir ein künic niht
von Engellant, des man iu giht,
dâ würde iht anders ûz benamen,
daz ir den künic hât ze schamen
sô vaste brâht bî dirre zît.
sus muoz ich swîgen: wande ir sît
alhie ze hove baz dan ich
und sô gesippet über mich,
daz ich leider niht getar
entsliezen mînen willen gar“.

Engelhard ist ein Freier und ein Ritter, nach älterem Recht mußte er daher auch dem Königssohne zum Kampfe ebenbürtig sein. Allein ich habe schon früher (a. a. O. 154 f.) an einigen dichterischen Beispielen gezeigt, daß seit dem 13. Jh. an die Stelle der alten Standesunterschiede mehr und mehr die Lehnshierarchie tritt, so daß der Grundsatz von der Kampfesebenbürtigkeit (Ssp. I, 63. §. 3) nun auch bei der Heerschildsordnung in Anwendung kommt. Daher ist Engelhard gezwungen auf den Kampf einzugehen, wie Ritschier unter Verzicht auf das Vorrecht seiner besseren Geburt ihn herausfordert: „welt ir unschuldic werden, daz

muoz ergân ûf erden mit swerte gegen swerte“ (4003 ff.) und: „man sol mit grimmen swertes slegen beherten hie die wârheit“ (4014 f.). Der König hätte Zeugenbeweis vorgezogen, da dieser hier aber unmöglich ist, so genehmigt er den Zweikampf und setzt eine Kampfesfrist von sechs Wochen an (vgl. Ssp. II, 3. §. 2):

„sît hie geziuge niht enist,
die hânt gesehen disiu dinc,
sô tretet beide in einen rinc,
dar inne ir komet über ein,
wer die wârheit von iu zwein
mit rede an dem kriege spar.
got welle, daz er wol gevar,
der hie stêt dem rehten bî.
swer aber hiute schuldic sî,
der müeze unsælic sîn genant“.
diz lobeten si dô beide sant,
und wart der kampf gesprochen
schier über sehs wochen,
als ez was billich unde reht.

Engelhard bittet den König um Urlaub und verpflichtet sich bei seiner Ritterehre sich nach Ablauf der Frist zu stellen (4153 — 4192). Die Bitte wird ihm gewährt, da, wie der Dichter bemerkt, nach Sitte der Zeit eine solche Bitte nur in den dringendsten Fällen abgeschlagen wurde (4193—4213). Weil Engelhard sich schuldig weiß, fürchtet er den Ausgang des Kampfes (4448 — 57) und schiebt statt seiner seinen Freund Dietrich als Kämpfer unter (4492—95); beide verabreden tiefste Geheimhaltung, da Engelhard sonst ehrlos sein würde (4526 — 29). Ritschier wird von Dietrich im Kampfe besiegt, worauf der König in die Vermählung seiner Tochter mit Engelhard willigt und seine Mannen zur Hochzeit entbietet: alsus besande er sîne man und von dem künicrîche die fürsten algelîche (4990 — 92). Nach dem Tode des Königs wird Engelhard sein Nachfolger:

dar nâch sô was vil harte unlanc,
daz der künic reine starp
und Engelhart die krône erwarp
und des rîches stuol besaz.
geloubet endelichen daz,

fürsten, grâven, dienestman
vielen den getriuwen an
mit guote und ouch mit lîbe.

Er läßt seinen Vater und seine Brüder zu sich kommen und machte ûz in ze Tenelant herzogen unde grâven hôch (5120 f.)[20]).

Miscellen.

[Litteratur. Dr. Heinrich Brunner, Zeugen und Inquisitionsbeweis der karolingischen Zeit. Wien 1866. — Aus dem Novemberhefte des Jahrgangs 1865 der Sitzungsberichte der phil.-historischen Classe der kais. Akademie der Wissenschaften besonders abgedruckt.]

Das wichtige Resultat dieser tüchtigen und besonnenen Untersuchung ist, daß in karolingischer Zeit auf dem Gebiet des Civilprocesses der Inquisitionsbeweis (inquisitio per testes) vom Zeugenbeweis sich unterscheidet. Bisher sind die Bestimmungen über den Beweis per inquisitionem in der Regel auf den Zeugenbeweis bezogen worden; hier wird gezeigt, daß der Zeugenbeweis auch in karolingischer Zeit seinen alten formellen Character bewahrt und neben demselben der Inquisitionsbeweis sich entwickelt, der erste „principielle Bruch mit dem Formalismus des alten Gerichtsverfahrens“ (162).

Das Unterscheidende des Inquisitionsbeweises besteht, wie Brunner zeigt, vor Allem darin, daß ihm das Princip der materiellen Wahrheit zu Grunde liegt. Hiermit hängen alle seine Eigenthümlichkeiten zusammen. Der Inquisitionsbeweis wird nicht durch (zweizüngiges) Beweisurtheil der Schöffen auferlegt, sondern vom Richter angeordnet, entweder kraft der ihm zustehenden Inquisitionsgewalt, oder kraft des Inquisitionsrechtes der Parthei. Während das Beweisurtheil als ein Urtheil in der Sache vor erhobenem Beweise erscheint, soll hier die Aufnahme des Inquisitionsbeweises das (einzüngige) Endurtheil erst vorbereiten und begründen. Der altgermanische Beweis characterisirt sich als Handlung der Parthei, welche laut des Beweisurtheils mit der Befriedigung des Gegners gleichwerthig

---

[20]) s. Anm. 11.

ist; der Inquisitionsbeweis wird nicht von der Parthei erbracht, sondern vom Gericht aufgenommen, die Inquisitionszeugen werden vom Richter unter den optimi pagenses ausgewählt und geladen. Der Inquisitionsbeweis hebt die Beweisrolle auf: die inquisitio ist kein einseitiges, sondern ein zweiseitiges Beweismittel, welches für den Einen wie für den Andern positiven Beweis zu erbringen vermag. Es ist eben das Gericht, welches im objectiven Interesse durch die inquisitio der materiellen Wahrheit nahe zu kommen sucht. Gerade damit hängt es zusammen, daß die Inquisitionszeugen nicht wie die Partheizeugen durch assertorischen Eid einen im Beweisurtheil vorgeschriebenen bestimmten Tenor zu bekräftigen, sondern zunächst durch promissorischen Eid ein Wahrheitsversprechen abzulegen haben, auf Grund dessen sie über alle Punkte befragt werden und aussagen, welche für Feststellung des Thatverhältnisses von Erheblichkeit sein können. Der Inquisitionsbeweis vermag auch Indicien für seine Zwecke zu verwerthen (143—161).

Diesem Inquisitionsbeweis steht der Zeugenbeweis auch in karolingischer Zeit als formelles, streng einseitiges, von der Parthei erbrachtes Beweisverfahren gegenüber. Die Neuerungen der karolingischen Zeit, insbesondere die Vorschriften über discussio oder inquisitio testium, verfolgen lediglich den Zweck, die Zeugenmeineide seltener zu machen, und ändern die Natur der Beweishandlung nicht. Alle Gesetze, in welchen man solche principielle Aenderungen hat finden wollen, z. B. die über das Recht des Richters, die testes auszuwählen, beziehen sich nicht auf den Zeugen-, sondern auf den Inquisitionsbeweis (17—29). Auf S. 29—43 wird das langobardische, westgothische, fränkische Zeugenverfahren nach den Urkunden karolingischer Zeit geschildert und die Uebereinstimmung der Praxis mit den gesetzlichen Vorschriften nachgewiesen.

Das Gebiet, welches die inquisitio neben dem Zeugenbeweise einnimmt, bestimmt sich einmal nach den Rechtssachen: Gegenstände der inquisitio sind nur Besitz- und Statusfragen; die inquisitio hat nur neben dem Gemeinde- oder Nachbarzeugniß, nicht neben dem Geschäftszeugniß eine Stelle (139—143). Zum Andern gehört die inquisitio nicht, wie der Zeugenbeweis, dem Proceß schlechtweg, sondern vornämlich dem Proceß des königlichen Hofgerichtes an.

Das Verfahren im königlichen Hofgericht erscheint als die eigentliche Stätte und Heimath des Inquisitionsbeweises. Die Inquisitionsgewalt (d. h. das Recht des Richters, nach eigenem Ermessen die Aufnahme der inquisitio zu verfügen) steht nur beim König und bei dem, welchem dieser sie speciell übertragen (z. B. bei den königlichen missi). Sie bildet keinen Bestandtheil der ordentlichen Amtsgewalt des Grafen und findet daher im gaugerichtlichen Verfahren nur dann Anwendung, wenn eine der Partheien das Inquisitionsrecht besitzt, d. h. das Recht, die Aufnahme der inquisitio vom Richter zu verlangen. Inquisitionsrecht hat aber gleichfalls nur der König und wem es von diesem durch Privileg übertragen worden ist, so z. B. die Mehrzahl der Kirchen (64—138).

Soweit die Hauptresultate dieser Schrift, welche durch die erschöpfenden und umsichtigen Untersuchungen des Verfassers sicherer Gewinn der Wissenschaft geworden sind.

Gleich bemerkenswerth ist außerdem die in die Darstellung eingeflochtene Erörterung auf S. 43—62, welche insbesondere von der reclamatio ad regis definitivam sententiam handelt. Der Verf. weist nach, daß von der Urtheilsschelte die reclamatio ad regis def. sent. zu unterscheiden ist. Die Urtheilsschelte characterisirt sich als eine selbständige Delictsklage gegen die Urtheiler wegen unrechtmäßigen Urtheils; die reclamatio als ein Mittel, den begonnenen Proceß, die gegen die Parthei bereits erhobene Klage aus dem Volksgericht an das Königsgericht zu bringen. Dort hat ein neues Verfahren mit anderem Klaggrund (injuste judicasti) und anderem Petitum (Ersatz des durch unrechtmäßiges Urtheil verursachten Schadens) und zwischen anderen Partheien zu beginnen; hier setzt sich das alte Verfahren aus dem ursprünglichen Klaggrund mit dem nämlichen Petitum unter denselben Partheien im Königsgerichte fort. Bei der reclamatio fällt das Königsgericht ein neues Urtheil in derselben Sache; bei der Urtheilsschelte wird nicht das einmal gefällte Urtheil abgeändert, sondern entschieden, ob der Urtheilfinder in Folge seines Urtheils zum Schadensersatz verpflichtet sei.

Diese Unterscheidung ist außerordentlich wichtig, weil erst durch dieselbe eine ganze Reihe von Stellen ihr Verständniß gewinnt, und steht nicht zu bezweifeln, daß der Verfasser auch hier ein weittragendes Princip des altdeutschen Processes zuerst richtig

erkannt und formulirt hat. Indessen wird an dieser Stelle die Untersuchung des Verfassers noch der Ergänzung und Vervollständigung, in mancher Hinsicht vielleicht auch noch der Correctur bedürfen. So tritt namentlich hier als Mangel hervor, daß der Verfasser, welchen eine gründliche Kenntniß der Urkunden auszeichnet, den Scriptores jener Zeit nur geringe Aufmerksamkeit zugewandt hat. Daß eine Untersuchung derselben nicht resultatlos gewesen wäre, mag an dieser Stelle eine Verweisung auf Gregor. Tur. Hist. Franc. VII, 23 (auch Greg. X, 21?) darthun, wo zweifellos von einer Ausübung des Reclamationsrechts die Rede ist. Andererseits wird die Ansicht des Verfassers, daß das Verfahren im königlichen Hofgericht principiell ein anderes als das im Volksgericht gewesen sei, zum wenigsten noch einer näheren Untersuchung bedürfen. Nach Brunner ist das Verfahren im Königsgericht an die Regeln des jus strictum nicht gebunden, denen das gaugerichtliche Verfahren unterliegt; das Reclamationsprivileg, welches die Mundbriefe in ihrer Schlußformel zu verleihen pflegen, enthalte im Wesentlichen das Recht, an Stelle des jus strictum im Volksgericht das jus aequum im Königsgericht erlangen zu können (57. 58). Diese Meinung des Verfassers scheint uns bis jetzt nicht genügend begründet. Im Gegentheil sehen wir das Verfahren im Königsgericht in genau denselben Formen und Fristen sich bewegen wie das Verfahren im Volksgericht. Das dreitägige Auswarten des Gegners (S. 49) kommt, wie u. E. beweisen werden kann, eben sowohl im Volksgericht wie im Königsgericht vor; höhere processualische Bußen (S. 49) sind für das Königsgericht nicht nachweisbar, vielmehr erhellt aus Bréquigny II Nr. 431 (v. J. 693), daß im Königs- wie im Volksgericht die Buße von 15 solidi die gewöhnliche processualische Buße ist. Nur in Bezug auf den Inquisitionsbeweis unterscheidet sich das Hof- vom Gaugericht, und darauf reducirt sich auch, was sonst S. 50. 51 (vgl. S. 126) für den Proceß nach fränkischem Recht angeführt wird. Die auf S. 43—48 zusammengestellten processualischen Vorrechte des Königs und der ihm nahestehenden Personen finden, soviel wir sehen, wie im Königsgericht, so auch im Gaugericht Anwendung. Den positiven Gegenbeweis endlich gegen die Ansicht des Verfassers scheint uns der bekannte Grundsatz des ältesten fränkischen Processes zu liefern, nach welchem jede Klage nach

Belieben vor dem Volks- oder Königsgericht angestellt werden kann (vgl. Rib. 33, 1). Es steht nicht anzunehmen, daß damit für jede Klage die Wahl zwischen einem Verfahren nach jus strictum und einem nach jus aequum gegeben war.

Zum Schluß wiederholen wir das Lob der Gründlichkeit, des Scharfsinns und der Präcision der Darstellung, welches der Schrift in allen ihren Theilen zuzuerkennen ist*). Mit großem Interesse sehen wir der am Schluß (165) angekündigten Untersuchung entgegen, durch welche der Verfasser den Zusammenhang der Geschworneneinrichtung mit dem karolingischen Inquisitionsbeweis darzuthun gedenkt.

Göttingen, 21. November 1866. Rudolph Sohm.

[Zum Ständerecht des Sachsenspiegels [1]).] Vgl. Band III. Seite 461 ff. Nach dem Recht des Sachsenspiegels war, wie ich früher nachzuweisen gesucht habe, innerhalb der Klasse der Freien die Trennung in zwei neue Stände, die Vollfreien und die Minderfreien (Pfleghaften und Landsassen), noch nicht ganz vollzogen. Zwar an Buße und Wergeld, im Prozeß, im Zweikampf, bei Vormundschaft und Beerbung waren die Minderfreien den Vollfreien gegenüber bereits unebenbürtig [2]), aber in der Ehe war ihre ursprüngliche Gleichberechtigung noch anerkannt, eine Mis-

*) Einige kleine Ungenauigkeiten, welche uns bei der Lectüre aufgestoßen sind, stellen wir hier, dem Verfasser zur Begutachtung, zusammen. Sie mögen demselben ein Zeichen des Interesses sein, mit welchem wir seiner Darstellung in allen Stücken gefolgt sind. — Zu S. 7, Note 1: das per festucam se exitum dicere (welches übrigens nur bei der Immobilienvindication vorkommt) wird nicht durch Urtheil aufgelegt, sondern geht stets dem Urtheil vorauf. — Zu S. 12, Note 1: der auditor Sigofridus in Bréquigny II nr. 478 ist kein „Vertreter der Gegenpartei", sondern ein königlicher Pfalzgraf, Waitz II, 379 not. 1. Pernice de comitibus palatii p. 9. — Zu S. 41: in den angeführten Stellen aus Roz. 481. 486 bedeutet judicium nicht „Urtheil", sondern die Gerichtsurkunde über den Verlauf des Termins. — Zu S. 46 wäre Bréq. II nr. 356 (vgl. Roth, Feudalität 315) nicht zu übersehen gewesen. — Zu S. 135: sine blandimento ipsius heißt nicht: ohne „unbillige Begünstigung", sondern: ohne Zustimmung, auch gegen den Willen desselben, vgl. Du Cange s. h. v. und Cartul. de S. Victor nr. 135. 304. 742.

[1]) Schon am 11. Februar d. J. bei der Redaction eingegangen.

[2]) Ich habe früher (a. a. O. 464 f.) dargethan, daß die Unebenbürtigkeit immer nur eine einseitige Zurücksetzung sei, welcher auf der andern Seite ein Standesvorzug entspreche. Diese Anschauung tritt auch in einem bai-

heirat fand zwischen Voll- und Minderfreien nicht statt, die Kinder erhielten regelmäßig den Stand des Vaters. Dagegen finden wir in der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts, in Süddeutschland vielleicht schon früher [3]), auch diese letzte Scheidewand zwischen beiden Ständen aufgerichtet, das Kind folgt jetzt, was früher nur bei Ehen zwischen Freien und Unfreien der Fall gewesen war, der ärgern Hand, und damit ist die Trennung der Minderfreien von den Vollfreien vollendet, ihre Annäherung an die Hörigen vorbereitet.

Ganz ähnliche Ergebnisse hat schon zwei Jahre früher von Martitz in seiner mir erst jetzt zu Gesicht gekommenen Inauguraldissertation „qui sint ingenuitate sibi compares iure speculi saxonici" (Königsberg 1861) erzielt, und ich halte es für meine Pflicht hier darauf aufmerksam zu machen, um dem Verfasser die Priorität nicht zu entziehen. Abgesehen von Einzelheiten weicht der Verf. nur darin von meiner Auffassung ab, daß er das Wort evenburdich in den ursprünglichen Stellen des Sachsenspiegels regelmäßig auf den Gegensatz von Freien und Unfreien bezieht und demzufolge noch eine völlige Gleichberechtigung aller Klassen der Freien unter einander annimmt. Allein zunächst läßt sich doch nicht leugnen, daß in Buße und Wergeld bereits ein erheblicher Unterschied beider Klassen bestand (Ssp. III, 45. §. 1. 4. 6), während Gleichheit in dieser Beziehung eine notwendige Voraussetzung des Begriffs „genot", d. h. der Standesgenossenschaft, war [4]). Pfleghafte und Landsassen waren daher auch nach den ursprünglichen Stellen des Sachsenspiegels keine Standesgenossen der Schöffenbarfreien mehr, sondern wers geboren, deshalb unfähig sie zu bevormunden [5]), sie zum Kampfe herauszufordern [6]),

---

rischen Landfrieden v. J. 1256 (Arch. f. österr. Gesch. I, 1 S. 65) hervor: Swer mit siben geziugen siner gelich oder siner tiurer uberbunden wirt. In einer Urk. des 12. Jh. (Mon. Boic. 7, 54) verschenkt ein Mann predia sua, si absque uxore vel herede compare vel superiore vita discesserit. Diese Bedeutung des Begriffs Unebenbürtigkeit ist auch von Siegel (Deutsch. Erbrecht 36 ff.) verkannt worden, während er Ssp. I, 16 richtig auslegt.

[3]) In einer Urkunde v. J. 1194 trifft ein homo nobilis Verfügungen von Todes wegen: hec omnia facta sunt sub tali tenore, si ipse sine herede decesserit, tali nimirum quem de nobili femina sua conpare genuerit (Mon. boica 28 b, 262).

[4]) Dies ergibt sich u. a. aus III, 45. §. 2. 3.

[5]) Vgl. I, 45. §. 1. III, 45. §. 3. [6]) I, 51. §. 4. 63. §. 3.

ihnen im Prozeß als Zeuge, Urtheiler oder Urtheilschelter entgegenzutreten [7]), sie zu beerben. Besonders in Betreff des Erbrechts behauptet der Verf. Ebenbürtigkeit zwischen Minder- und Vollfreien, allein sein Hauptgrund hierfür beruht auf einem Misverständniß, indem er Ssp. I, 51. §. 1 „die muten ok wol sin erve nemen, unde irer muder also, wende sie en evenburdich sin; se ne tveien von in mit egenscap“ dahin auslegt: „hereditas igitur liberis defertur, quia eodem loco quo parentes nati sunt“, während „wende“ hier nicht im Sinne von quia, sondern ganz im Sinne unsers „wenn“ gebraucht ist. Die Kinder sollen ihre Eltern beerben, wenn sie ihnen ebenbürtig sind, — also den Vater, wenn die Mutter eine Freie, — die Mutter, wenn sie nicht einem höheren Stande als der Vater angehört, zu dem sie im Augenblick der Auflösung der Ehe (durch ihren oder des Vaters Tod oder durch Ehescheidung) zurückkehrt; sind beide Eltern unfrei, so werden sie regelmäßig von ihren Kindern beerbt, wofern sie nicht verschiedenen Herren angehören (se ne tveien von in mit egenscap) [8]). Noch eine andere Stelle (I, 33) spricht in umgekehrter Weise gegen die Ansicht des Verf., indem die Beerbung des Kindes durch die Mutter von der Frage abhängig gemacht wird „of sie ime evenbürdich is“; der Verf. (S. 25 f.) nimmt dies für „wenn sie freien Standes ist“, wobei es dann nicht weiter darauf ankomme, zu welcher Klasse der Freien die Mutter gehöre; allein gerade hierum handelt es sich, denn nur von einer freien Mutter kann die Rede sein, da andernfalls das Kind gleich ihr unfrei sein müßte und den Vater nicht beerben könnte [9]).

Hiernach haben wir es auch bei den zahlreichen Zusätzen, welche allgemeine Aussprüche des ursprünglichen Sachsenspiegels über Vormundschaft oder Erbrecht durch das Princip der Eben-

---

[7]) I, 6. §. 2. II, 44. §. 3. III, 69. §. 2. 3.

[8]) Vergl. Budde, Rechtlosigkeit 112, Anm. 1. Homeyer, Richtsteig Landrechts 156. Ich hatte diese Worte früher (a. a. O. 476) falsch verstanden.

[9]) Vgl. Richtst. Landr. 19. §. 2: Sprikt ok de antwerder: her richter, he is ein eigen, des biddic ens ordels, oft ic eme icht tu antwerdende hebbe, na deme dat nen eigen erve sin mach? sprike aver jene, he ne were sime vader nicht evenbordich, so vrag, oft he darmede des moge over sin, dat hes di nicht en late? so vintme, he ne moge.

bürtigkeit zu beschränken suchen, nicht mit Zeugnissen einer späteren Rechtsentwickelung zu thun. Sie alle, namentlich auch III, 72 und 73. §. 1, stehen völlig auf dem Standpunkt des ursprünglichen Textes, wonach, bei mehrfacher Zurücksetzung der Minderfreien in wichtigen Beziehungen, doch in der Grundlage aller natürlichen und bürgerlichen Existenz, in der Ehe, ihre Gleichberechtigung noch fortbesteht, die Abschließung des ersten Standes [10]) also zwar angebahnt, aber noch nicht vollzogen ist.

Es genügte daher, um selbst für frei zu gelten und in den Stand des Vaters einzutreten, die Abstammung von freien Eltern [11]), die deshalb in Urkunden häufig besonders betont wurde. So kommt Urk. B. des Landes ob der Enns 1, 773 eine femina ex patre et matre libera vor, eine Urkunde v. J. 1104 (Mon. boica 37, 33) erwähnt einen liber homo utroque parente, und zu Würzburger Stiftspfründen sollte man außer Reichs- und Stiftsdienstmannen nur berufen ex utraque linea liberos aliosve de sublimiori utpote principum vel magnatum sanguine procreatos (Lang, regesta rerum boic. 4, 527 v. J. 1293). Wenn daneben zuweilen eine höhere Abstammung von Vater- und von Mutterseite hervorgehoben wird, wie bei der Azila ex utrisque

[10]) Denn Schöffenbarfreie und Adel bildeten zusammen nur Einen Stand; vgl. a. a. O. 466 f. Der stolze Ausspruch der Bauern von Kems kehrt noch in einem andern Weisthum (Grimm 4, 268) wieder: Eines bischofs lüte hant auch die recht, daz si ire kint sunt und mögent gen (wo) sie went, ân eigen lüten, und sullent ir kint sin aller fürsten genossen. Aehnlich lautet ein Rechtssprichwort: Ein frî gebûr ist herren genôz, vgl. Bd. V, Seite 42). Daß übrigens derartige Aussprüche nicht immer wörtlich zu nehmen sind, beweisen die beiden folgenden Stellen, welche trotz der Genossenschaft der Eltern die Kinder nach der ärgern Hand folgen lassen. Weisth. v. Wallhalben §. 11: Auch wann ein junkfrau oder reixmagd aller mann genoss, weisen wir mit recht die kinder widerumb unserem gnedigen hern zu. W. v. Nanstuhl §. 6: eins reichs magd sei aller man genaissen, doch das die kinde zum schloss Nanstein gehören sollen.

[11]) Eine andere Regel galt von den bairischen Barschalken, wie folgende merkwürdige Urkunde bestätigt: Quidam G. nomine, cum esset ecclesie . . ., uxorem autem haberet liberam, . . . tres filias suas . . ., cum essent eiusdem conditionis cuius et mater, tradidit eas . . ad 5 denariorum censum, filium vero suum C. redemit ab ecclesia ad eundem censum, quia iuxta morem illorum, qui vocantur parscalchi, filie maternam, filii vero paternam habent conditionem (Urk. B. d. L. ob. d. Enns 1, 377. vgl. 379).

parentibus femina certe satis nobilis et libera und der Illiza ex utrisque parentibus femina nobilis et libera (Lang, Regesten 1, 91 v. J. 1058. 2, 139 v. J. 1223. vgl. Homeyer, Heimat 64, Anm. 76), so geschieht dies zur besondern Auszeichnung der Person, notwendig aber war, wie ich a. a. O. 476 f. dargethan habe, eine derartige Abstammung nur im Mannsstamme, in welchem auch das Handgemal der Schöffenbarfreien [12]) sich vererbte; von der Weiberseite genügte freie Abstammung, gleichviel welcher Klasse. Anders war die Sache schon nach Deutschensp. 62: Es enist nieman gar vrei, wan des vater und des måter und der (d. h. deren) vater und der måter sentper vreien warn". [13]).

Richard Schröder.

[**Vier Manuscripte aus Keller's Nachlaß** [1]). **Von** Dr. **Emil Steffenhagen, Privatdocenten an der Universität Königsberg.**]

Im Januar 1867 gelangte die hiesige Königl. Bibliothek durch antiquarischen Ankauf in den Besitz von vier Papier-Manuscripten, die beim ersten Einblick als herrührend aus der ehemals Keller'schen Bibliothek erkannt wurden [2]). Ihr Inhalt ist literarhistorisch so interessant, daß eine nähere Beschreibung dieser anscheinend unbeachtet gebliebenen Manuscripte gerechtfertigt erscheinen wird.

I.

Das älteste Manuscript, ein Folio-Band aus dem Ende des XV. Jahrhunderts, enthält nachgeschriebene Pandekten-

---

[12]) Auf das Handgemal dürfte eine Bemerkung der Gründungsgeschichte des Klosters Baumburg zu beziehen sein, in der es von dem hochedeln Grafen Kuno heißt: cuius genuinus et cognationis et posterorum eius postmodum communis locus usque hodie Uranthenhausen nuncupatur (Mon. boica 2, 173 ff.).

[13]) Ich habe diese Stelle früher (S. 478) nach der verstümmelten Lesart in Wackernagel's Schwabenspiegel angeführt. Besser ist die Lesart bei Laßberg 70 b. Zu vergleichen ist auch Laßberg 123 a.

[1]) Ich benutze die Gelegenheit, einen störenden Irrthum zu berichtigen, der sich ohne mein Zuthun in meinen Nachträgen zu Homeyer (IV, 183 der Zeitschr. für RG.) eingeschlichen hat. Bei Nummer (10) muß es statt „Nach ders. n°.: Ebenda" heißen „Nach n°. 549: Prag, Univ. Bibl.", und ebendort ist das „l. c." bei Kelle aufzulösen in „Serapeum 1859."

[2]) Sie tragen Keller's Wappen, mit der Umschrift F. L. KELLER J. U. D.

Vorlesungen des Jason von Mayno, gehalten zu Pavia im Jahre 1491. Für die Geschichte dieser Vorlesungen, welche handschriftlich bisher nicht nachgewiesen waren, ist unsere Handschrift von besonderem Interesse.

Die Vorlesungen verbreiten sich zunächst in fortlaufender Reihe über den Titel De vulgari et pupillari substitutione (28, 6) von der Rubrik und der ersten bis zur letzten Lex. Daran schließen sich nach mehreren leeren Blättern noch lückenhafte Vorlesungen über Lex 29 Gallus Aquilius des Titels De liberis et postumis etc. (28, 2). Hiemit bricht die unvollständige H. ab. Die übrigen Blätter hat der Schreiber leer gelassen.

Die Vergleichung mit der mir vorliegenden Druckausgabe (Iasonis Mayni Prima super Infortiato. Lugduni, 1540. fol.) liefert folgende Resultate. Druck und Handschrift kommen darin überein, daß der frühere Titel (28, 2) dem späteren (28, 6) nachfolgt, daß er später datiert ist, als jener, und daß er ihm unmittelbar, ohne Zwischenglieder angeschlossen ist. Dagegen sind im Drucke auch die ersten 28 Leges des Titels 28, 2 behandelt, welche in der H. fehlen. Für Lex 29 desselben Titels liegen im Drucke zwei verschiedene, aufeinanderfolgende Redactionen vor: zuerst eine ausführlichere und vollständige Redaction, welche die ganze Lex behandelt und der Zeit nach später fällt; alsdann eine kürzere und unvollständige, der Zeit nach frühere Redaction, welche mit dem §. Instituens[3]) abschließt und mit der Vorbemerkung versehen ist: Sequitur l. gallus alias impressa. — Ista repe[titio] l. gallus fuit prima repetitio prefati domini Jasonis: sed non perfecta: alia fuit perfecta per ipsum. Diese frühere, unfertige Redaction ist es, welche in der H., wenn auch lückenhaft, erhalten ist. Und zwar reicht die H. ohne Unterbrechung bis zu den Worten: imo quod papa voluit solum committere, quod procedatur summarie gegen Ende von §. 2 Idem credendum (Col. 200[a] des Druckes); hierauf findet sich eine Lücke von zehn leeren Blättern bis an die Worte: Tertio et forcius in contrarium facit, quia si vltra emancipacionem requireretur lapsus annj über §. 5 Et quid, si tantum (Col. 201[d]),[4]) wonach die H. bei demselben §. mit den Worten: vltra

---

[3]) Vgl. Savigny, Geschichte des R. R. im MA. 2te Ausg. III, 733. n°. 118.

[4]) Die beiden zwischenliegenden §§. 3, 4 sind auch im Drucke nicht behandelt.

concor[dantias] traditas per do. allex. (traditas) in istis locis (Col. 202ᵇ des Druckes) abbricht.

Vorzüglich beachtenswerth sind die Data, welche in der H. einzelnen Vorlesungen bei- oder untergeschrieben sind. Eines derselben (das vierte) giebt zugleich Aufschluß über die Person des Schreibers (eines Vulcanus Paumgarten aus Kufstein)[5]. Es ist für die weitere Untersuchung von Werth, die Data der H. (im Ganzen fünf) vollständig mitzutheilen, und damit die Data des Druckes, soweit sie vorhanden sind, zu vergleichen.

1) Zu Anfang des Titels 28, 6: De vulgari et pupillari substitutione Rubrica feliciter incipit. Lecta per do-[minum] Jasonem de mayno in florentissimo gymnasio ticinensi, adi 23 del frebraro del 1491. (Fehlt im Drucke.)

2) Am Schlusse von Lex 15: Et per ista cum laude dei est impositus finis huic l. centurio in vigilia corporis xp̄i, que fuit prima dies Junij 1491, in florentissimo gimnasio ticinensi per Jasonem de mainis. (Uebereinstimmend im Drucke, der noch hinzufügt: et eam incepi die xj. Maij.)

3) Zu Lex 45 princ.: Et per ista cum laude dei sit expedita ista reppeticio die antepe[nultima] Julij del 1491. (Fehlt im Drucke.)

4) Schluß-Datum des Tit. 28, 6: Et per ista cum laude dei remanet expeditus presens titulus papie die iiijª mensis augusti del 1491 per excellentissimum d[ominum] Jaso. de malno. Et ego uulcanus paumgarten ex kuefstain scripsi sub eodem, et non defficit sillaba. (Der Druck hat dasselbe Datum.)

5) Bei Lex 29 Tit. 28, 2: Inchoata est ista l. foeliciter per do. Jaso. de maino iiijª die augusti del 1491

[5]) Dieser Wolfgang Baumgarten aus dem damals noch Bairischen Kufstein war vermuthlich ein älterer Bruder des Deutschen Ritters Martin von Baumgarten (Baumgartner, Baumgärtner), welcher letztere, am 11. November 1473 in Kufstein geboren und ebendort i. J. 1535 gestorben, durch seine Beziehungen zu Luther, wie durch seine gedruckte „Peregrinatio in Aegyptum" etc. näher bekannt ist (über ihn vgl. Seidemann, Lutherbriefe. Dresden, 1859. 8°. S. 31 ff. und Gräße, Lehrbuch einer allgem. Literärgesch. III. 1. §. 322. S. 1167).

papie. (Fehlt im Drucke. Dagegen datiert derselbe die oben erwähnte spätere Redaction bei dem §. 2 Idem credendum in folgender Weise: et consequenter remanet expeditus presens §. die ij. iunij 1506. intermissis tamen iamdudum quatuor lectionibus ob aduentum regis;[6]) und am Schlusse der ganzen Lex: die xij. Augusti).

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich nun mit Sicherheit, daß Jason zu Pavia über den Titel 28, 6 vom 23. Februar bis zum 4. August des Jahres 1491 gelesen, und daß er noch an demselben Tage, an welchem er ihn beendigte, die Lex 29 des Titels 28, 2 angefangen hat, unter Uebergehung der ersten 28 Leges, welche sich im Drucke finden. Erst später, und zwar, wie das Datum des Druckes beweist, im J. 1506 las er den vollständigen Titel, und nochmals die Lex 29 in der abweichenden Gestalt, wie sie im Drucke an erster Stelle vorliegt. Dieses Ergebniß ist geeignet, das Ungeordnete und Lückenhafte von Jason's Vorlesungen in ein neues Licht zu setzen. — Die drei letzten Leges (30, 31, 32) von 28, 2 scheint Jason ebenfalls noch i. J. 1491, in unmittelbarem Anschluß an L. 29, gelesen zu haben. Denn, wenn am Ende des Titels in dem vorliegenden Drucke und ebenso in edd. Lugd. 1546, Taurin. 1592 das Datum steht: die xiiij. Augusti, in ed. Lugd. 1582 blos: die xiiij, hingegen in edd. Venet. 1500 und Mediol. 1508: MCCCCXCI. d. iiij. Aug. (Savigny VI. §. 113. f), so kann die Jahreszahl 1491 kein Bedenken erregen, und nur hinsichtlich des Tages bleibt zweifelhaft, ob der vierte oder der vierzehnte August anzunehmen sei.

Savigny hat aus inneren Gründen gegen die Jahreszahl 1491 Zweifel erhoben[7]). Er nimmt an, daß Jason, im Herbste 1489 nach Pavia gekommen, nur ein Jahr lang, etwa bis in den August 1490 gelesen habe, worauf er, nach seinem eigenen Zeugniß (Consil. 93 Vol. III), über neun Jahre durch eine Augenschwäche verhindert wurde, Vorlesungen zu halten. Diese Rechnung stützt sich darauf, daß Jason nach jener langen Unterbrechung auf Betreiben des Königs Ludwig XII. von Frankreich,

---

[6]) Vgl. auch Savigny l. c. VI. §. 113. e.

[7]) Bd. VI. Anh. VIII. „Ueber den letzten Aufenthalt des Jason zu Pavia"; vgl. dazu §§. 111. a, 113. f. h.

welcher Mailand eroberte, seine Vorlesungen wieder aufnahm, was im Spätjahr 1499 geschehen sein muß. Hiemit steht jedoch unsere H. in entschiedenem Widerspruche. An ihrer Authenticität ist so wenig zu zweifeln, daß nur die Annahme übrig bleibt, Jason selbst müsse sich geirrt haben, wenn er den Zeitraum der Unterbrechung auf mehr als neun Jahre veranschlägt. Wir gewinnen also das unumstößliche Resultat, daß Jason zu Pavia, bevor er seine Vorlesungen unterbrach, nicht ein, sondern zwei Schuljahre hindurch (bis 1491) als Lehrer thätig gewesen ist.

II.

Die drei übrigen Manuscripte (in Quart) gehören sämmtlich in den Ausgang des XVI. Jahrhunderts.

Das nächste dem Alter nach bietet ein noch unbekanntes Werk von Guido Pancirolus († 1599), einen vollständigen Commentar über die Justinianischen Institutionen, unter dem Titel: Commentaria in Libros Quatuor Institutionum Imperialium D. Iustiani [sic!] Sacratissimj Principis. Guidonis Pancirolae I. C. Clarissimi. Das Alter des MS. resp. der Abfassung bestimmt sich annähernd nach der Jahresangabe eines früheren Besitzers auf dem zweiten (leeren) Blatte: Sum Matthaei Byttelmayrs Anno dni. 1. 5. 8. 7.

Nur wenig jünger, einander gleichzeitig und, wie es scheint, auch von denselben Händen geschrieben sind das dritte und vierte MS. Beide liefern werthvolle Beiträge zur Deutschen, wie die ersten beiden zur Italienischen Jurisprudenz.

In dem einen findet sich eine chronologische Sammlung verschiedener Vorlesungen mehrerer Ingolstädter Professoren zu den Pandekten, zur Auth. Novissima, und zum Codex; theilweise mit den Namen der Verfasser und beigefügten Daten, innerhalb der Jahre 1585 bis 90. Ausdrücklich genannt werden Friedrich Martini[8]), Caspar Lagus (Haas)[9]), und

---

[8]) Vgl. Adelung und Rotermund, Fortsetzung und Ergänzungen zu Jöcher's Gelehrten-Lex. IV, 847. Annales Ingolstadiensis Academiae. Inchoarunt Valent. Rotmarus et Io. Engerdus. Emendavit, auxit, continuavit . . . Io. Nepom. Mederer. Ingolstadii 1782. 4°. I, 294. II, 8, 16, 51, 150.

[9]) Adelung und Rotermund l. c. III, 1060. Annales Ingolst. Acad. I, 253. II, 3, 83, 186 f.

Caspar Häll (oder Hell)[10]. Ob die unbenannten Vorlesungen von einem der Genannten, oder von Anderen herrühren, muß dahingestellt bleiben. Es wird nicht überflüssig sein, die einzelnen Vorlesungen zu verzeichnen.

A. Friedrich Martini, 1585.

1) Repetitio L. vt vim [3] ff. De Iust. et Iure [1, 1], Clariss: doctissimiq. uirj Dn: Fridericj Martinj, in catholica Ingolst: Academia ordinarij professoris. — Auspicata 4. Febr. Anno 1585. — Absoluta foeliciter 12. Iulij Anno 1585.
2) Explanatio L. Imperium [3] ff. De Iurisd: omnium Iud: [2, 1].
3) Interpretatio L. sciendum [15] ff. Qui satisdare cogantur [2, 8].
4) Dilucidatio L. Tres fratres [35] ff. de pactis [2, 14].
5) Explicatio L. Nesennius [34] ff. De negot: gest: [3, 5].
6) Explicatio decretj D. Marcj in L. Extat [13] ff. de eo quod metus caus: gest: erit [4, 2].
7) Interpretatio auth: Nouissima C. de inoffi: testa: [3, 28].

B. Caspar Lagus.

8) Repetitio in L. Nemo potest [55] ff. De Lega: j° Clarissimi Doctissimique viri Dn: Caspari Lagi in Catholica Ingolsta: Academia ordinarij professoris.
9) Explicatio L. Finalis C. De Edicto Diui Hadriani tollendo [6, 33].
10) In L. 1. C. De Iure deliberandi [6, 30].
11) In L. 2. eod.
12) In L. 3. et L. Si infanti [18] eod.
13) In L. Cum in antiquioribus [19] eod.
14) In L. Finalem eod.
15) In L. 1. C. Qui admitti [6, 9].
16) In L. Cum quid [3] ff. Si cert: petatur [12, 1].
17) In L. Ciuitas [27] eod.

---

[10]) Annales Ingolst. Acad. II, 104, 192, 228.

C. Caspar Häll (Hell), 1587 bis 90.

18) In titulum C. communi diuidundo [3, 38] commentarius Clariss: doctissimique viri Dnj. Häll. I. V. D. et in catholica Ingolstadiana Academia ordinarij professoris. — L. 30. Iunij A°. Dni. 87, bis zum 12. September.

19) In titulum C. Finium Regundorum [3, 39]. — Vom 14. bis über den 23. Sept., da das letzte Datum offen gelassen ist.

20) Interpretatio L. Qui Restituere [68] ff. De Rei vendicatione [6, 1] Clariss: viri Dn. Caspari Hell. I. V. D. ac in alma Ingolsta: Academia professoris ordinarij. — L. 8. Ianua: A. 90, bis über den 5. Februar (das letzte Datum vacat).

21) Comentaria [sic!] In titulum ff. soluto matrimonio dos quemadmodum petatur [24, 3] clarissimi ac doctissimi viri Dn. Caspari Hell. I. V. D. ac professoris in alma Ingolsta: Academia ordinarij. — Angefangen vor dem 29. October 1587. Finem imposuit huic materiae dotali die 9 Aprilis stylo nouo Anno 1588.

22) Ohne Ueberschrift ein Dictat mit dem Anfang: Exceptionis compensationis materiam explicandam desumpsimus. An zwei Stellen sind die Data beigefügt: L. 9. Decemb: und L. 16. Maij Anno 89; die übrigen fehlen. Am Schlusse heißt es: Desunt caetera et intacta relicta ab ipso dictando.

23) In L. si quis delegauerit [12] ff. De Nouatio: et Delegationib. [46, 2]. — L. 4. Apri: A°. 90, bis zum 5. April. Mit dieser Vorlesung endet das vorliegende MS.

Das letzte MS. endlich zeigt im Alter und Charakter der Schrift eine genaue Uebereinstimmung mit dem vorhergehenden und scheint daher, wie jenes, zu Ingolstadt geschrieben zu sein. Darauf deutet auch vorn auf dem Deckel der Name Fachinaeus (wohl als des Besitzers der H.), welcher um die damalige Zeit (1587 ... 97) zu Ingolstadt gelehrt hat[11]). Von neuerer Hand

[11]) Annales Ingolstadiensis Academiae. II, 107, 148, 170.

ist die Handschrift auf dem ersten (leeren) Blatte als „Ein Collegienheft processualischen Inhalts" bezeichnet. Wir werden auch diese Vorlesungen als Ingolstädter anzusehen haben, nur fehlt es an dem Namen des Verfassers.

Ihrem Inhalte nach zerfallen die Vorlesungen in einen civil-prozessualischen und einen criminalistischen Theil. Der erstere handelt, im Anschluß an eine nicht näher bezeichnete Stelle der Glosse, De Sententiis. Vorangeschickt ist eine kurze Einleitung, welche mit den Worten beginnt: Haec gloss: 3 habet partes, ut in ipsa patet. Der Schluß der Einleitung führt auf das Thema und die Disposition des Ganzen: Nunc autem occasione huius gl. materiam sententiarum plenius reassumemus constituendo titulum

De Sententijs.

Huius materiae tractationem in 3 partes principales distribuimus. In 1a de sententijs quaedam in genere dicemus. In 2da specialiter de interlocutoria tractabimus. In 3tia uero diffinitiuae sententiae materiam prosequemur. Der erste Hauptheil, De Sententijs in genere, wird nur kurz behandelt. Der zweite, De Sententia Interlocutoria, ist in 12 ungleiche Capitel abgetheilt, mit den Ueberschriften: 1) Interlocutoria Quid Sit. 2) In Quibus Sententia Interlocutoria differat à Diffinitiua. 3) Quot sint Interlocutoriae Sententiae species: et quae Sententiae pro interlocutorijs habeantur. 4) Qualiter Iudex super his, quae in Iudicio incidunt, uel emergunt sese gerere debeat. 5) Qualiter Interlocutoria sit formanda. 6) Qualiter et Quando Interlocutoria sit proferenda. 7) De effectibus Sententiae Interlocutoriae. 8) Quid in specie Iuris obtineat in decreto Iudicis. 9) Quid Iuris sit in praeceptis Iudicum. 10) Quid Iuris obtineat in Sententia mulctae. 11) Quid Iuris obtineat in Sententia excommunicationis, Interdicti, Banni, dispensationis, et alijs Similibus. 12) Quid Iuris obtineat In comminationibus, epistolis, programmatis, alijsque Similibus. Der dritte und letzte Haupttheil, De Sententijs Diffinitiuis, hat nur 4 Capitel, von denen aber das letzte unverhältnißmäßig lang und doch am Ende unvollständig ist. Die Ueberschriften lauten: 1) Quid sit diffinitiua: et quae sententiae pro diffinitiuis habeantur. 2) Quid

Iudex circa diffinitiuam sententiam concipiendam, in genere obseruare debeat. 3) Quid In specie Iudici obseruandum sit circa probationes facti, ab alterutra, uel vtraque parte inductas. 4) Quid Iudex in specie obseruare debeat, circa facti probationem, quae interdum fit, per Iuramentum (in der H. als Caput Quintum gezählt). — Allen diesen Vorlesungen sind keine Daten beigeschrieben, indessen sind sie mit den folgenden (datierten) augenscheinlich gleichzeitig.

Die letzteren, criminalistischen Inhalts, beginnen nach mehreren leeren Blättern mit einer Einleitung und den Anfangsworten: Nulla re magis Reipublicae Status tranquillus conseruatur, quam si bonis praemia, malis uero poenae condignae, respectu suorum delictorum tribuantur. Sie handeln über den Criminal-Prozeß, und einleitend De officio Iudicis mit dem motivierenden Uebergange: Cum itaque intelligamus, quanti Reip: referat, bene moratos, doctos, ac eruditos iudices habere, ideo initio istius processus criminalis de officio eorundem dicemus. Die zahlreich beigefügten Daten reichen vom 26. Januar 1588 bis zum 29. April 1589; jedoch hat nur das letzte als äußerster Termin zu gelten, wogegen am Anfange die drei ersten Data nicht ausgefüllt sind. Außer der Einleitung zerfallen die Vorlesungen in 14 bald längere, bald kürzere Capitel, deren Ueberschriften schließlich mitgetheilt werden mögen: 1) De criminibus. 2) De Accusationibus. 3) De Denunciatione. 4) De exceptionibus criminalibus. 5) De Inquisitione. 6) De citatione. 7) De carceribus et carcerarijs. 8) De relaxatione carceratorum. 9) De exoninando [12]) siue excusando in processu criminali. 10) De publica fide seu salui conductu. 11) De libello seu petitione facienda in processu criminalj. 12) De quaestionibus et tortura. 13) De crimine lesae maiestatis diuinae et humanae (in der H. ohne Zahl). 14) De crimine laesae Maiestatis humanae (in der H. mit der Zahl 11).

---

[12]) Ducange vocc. Exonia und Sunnis.

Inhalt.

Ausgegeben am 22. October 1867.

Weimar. – Hof-Buchdruckerei.

Zeitschrift

für

Rechtsgeschichte.

Herausgegeben

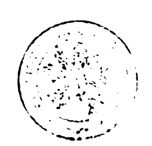
von

D. Rudorff und D. Bruns in Berlin, D. Roth in München
und D. Böhlau in Rostock.

Siebenter Band.

Zweites Heft.

Weimar,
Hermann Böhlau.
1868.



Kritische Bemerkungen zu Gaius.

Von

Herrn Geheimen Justiz-Rath Professor Dr. Huschke in Breslau.

Der Plan meiner Ausgabe der iurisprudentia anteiustiniana beschränkt den Raum für die kritischen Anmerkungen so sehr, daß es weder in deren erster Ausgabe möglich gewesen ist, alle Gründe für die mitgetheilten neuen Ansichten oder Lesarten anzuführen, noch in Zukunft, zunächst bei der jetzt nöthig gewordenen zweiten Ausgabe möglich sein wird, alle dawider erhobenen Einwände, vorgeschlagenen neuen Lesarten u. s. w. in ihr selbst zu berücksichtigen. Da aber dadurch der nach verschiedenen Seiten ungerechte Verdacht entstehen könnte, als seien die letzteren dem Herausgeber unbekannt oder absichtlich von ihm unbeachtet geblieben, so wähle ich diesen Ort, um in geeigneten Fällen mich darüber auszusprechen.

Ein solcher Fall tritt namentlich mit den „kritischen Miscellen" zu Gaius, welche Bluhme in dieser Zeitschrift III. S. 452—460 bekannt gemacht hat, und den gelegentlichen kritischen Bemerkungen in Bethmann-Hollweg's zweitem Bande des Römischen Civilprocesses ein, indem diese beiden besonders auch um Gaius hochverdienten Gelehrten den gerechtesten Anspruch darauf haben, daß ihre kritischen Ansichten volle Beachtung finden. Zu ihnen kommt aus ähnlichem Grunde auch Böcking mit seiner fünften Ausgabe (im Folgenden mit ed. 5 bezeichnet), aber doch nur gelegentlich, weil der regelmäßige Ort der Auseinandersetzung mit ihm nach dem ganzen Verhältniß unserer Ausgaben zu einander auch wieder nur in der adnotatio zu meiner Ausgabe sein kann.

1. Gaius 'Provincialjurist'.

Bluhme erklärt es zuerst als von Mommsen erwiesen, daß Gaius 'als Provincialjurist' die Verhältnisse der Römischen Pro-

vincialen besonders berücksichtigt habe. Wenn er damit das, was ich gegen die Mommsensche Ansicht in der iurispr. antei. p. 77 seq. (ed. 1) ausgeführt habe, entweder nicht gekannt oder stillschweigend verworfen hat, so ist dawider selbstverständlich eine Rechtfertigung nicht möglich. Erklären muß ich mich aber gegen das neue Argument, welches er für die Mommsensche Ansicht anführt: Gaius habe 2, 7: in eo solo dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur mit diesem nos sich unter die Besitzer von Provincialgrundstücken gestellt. Mit demselben [1]) Recht würde aus 2, 6 Religiosum vero nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum — wo ebenso entschieden von Italischen Grundstücken die Rede ist — zu folgern sein, daß er auf Italischem Boden, oder — um nur noch diese Stelle anzuführen — aus 4, 20 Quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento aut per iudicis postulationem agere, valde quaeritur, daß er schon zur Zeit der Lex Silia unter der Herrschaft der legis actiones gelebt habe. Doch es ist ja bekannt, daß Gaius die erste Person pl. für jeden Privatmann (wo nicht der Gegensatz etwas Anderes mit sich bringt) oder in dem Sinne unseres man zu gebrauchen pflegt.

Aber auch das, zu dessen Unterstützung Bluhme jene Ansicht über Gaius gebraucht, nehmlich die Behauptung, daß die drei Citate des Gaius im Burgundischen Papian: tit. V.: secundum regulam Gaii sub titulo de iniuriarum actione; tit. X. init.: secundum Gaii regulam patri matrive intestatis filii filiaeve . . . succedant; tit. XII. §. 2: secundum speciem Gaii, qui hoc de prohibitis statuit, zum Beweise dienten, wie man damals im Burgundischen Reiche — also ehemaligen Provinzen — noch andere Werke des Gaius als seine Institutionen, namentlich seine regulae benutzt habe — auch diese Behauptung scheint mir durch das dafür Vorgebrachte weder bewiesen noch

[1]) Hinsichtlich 2, 6 muß man vielmehr behaupten: mit größerem und wirklichem Recht, obgleich nicht wegen des Gebrauchs der 1. Person pl. Denn was er hier sagt, betrachtet er als das ihm Nächstliegende, als die Regel, das Provinciale hebt er erst nachher ausdrücklich hervor — wie ähnliche Gegensätze in vielen andern Stellen vorkommen, worauf ich schon l. c. p. 78 hingewiesen habe.

zu größerer Wahrscheinlichkeit gebracht gegen meine in der iurispr. antei. p. 703 not. 3 geäußerte Ansicht oder auch nur gegen die gewöhnliche, welche in der Barbarei des Zeitalters und der Gewißheit, daß die im Ganzen doch gebildeteren Westgothen von Gaius auch nur die Institutionen gebraucht haben, eine feste Stütze hat. Es ist gar kein Grund abzusehen, warum der Ausdruck regula in tit. IX und X nicht ebensowohl wie in tit. XV fin. secundum regulam Pauli sententiarum den hergebrachten Sinn eines Rechtsgrundsatzes haben sollte, sondern auf eine Stelle aus einem regulae betitelten Buche gehen müsse; seine Anwendung auf die Institutionen war aber besonders natürlich, da dieses Buch seinen Titel nicht von dem Namen der einzelnen Sätze führt, wie die sententiae des Paulus, wonach der Papian denn aus diesen ganz angemessen auch einen einzelnen Satz meistens blos mit sententia citiert. Auch das Citat sub titulo de iniuriarum actione läßt sich sehr wohl auf Gaius 3, 223—225 beziehen, nur nach damaligen Handschriften, die noch mehr von den Abschreibern fabricierte Titel hatten, als die Veroneser, welche sie noch nach richtigerem älteren Brauch in solchen Büchern rubricae nennt. Das zweite Citat tit. X geht um so gewisser auf 3, 1—8 und die Auslegung, welche die Burgundischen Juristen davon auch für die Beerbung der Mutter machten, als Gaius nach dem Rechte seiner Zeit einen solchen Ausspruch, wofür er hier citiert wird, genau genommen in keiner seiner Schriften vorgetragen haben kann. Daß auch das dritte Citat des Gaius (in irgend einer seiner Schriften) für den dort ausgesprochenen Satz entweder höchst ungenau oder falsch oder verstellt sei, unter einer dieser Voraussetzungen aber auch auf die Institutionen bezogen werden könne, ist längst bemerkt worden (Barkow p. XXXIX und ad tit. XII p. 45. 46).

2. Gai. 1, 168.

> pupillorum autem tutelam non est permissum cedere, quia non videtur onerosa, cum tempore pubertatis finiatur.

Hier will Bluhme das der Handschrift am meisten entsprechende, seit Hollweg bis auf Böcking allgemein recipierte und auch von mir beibehaltene onerosa nach einer schon früher von ihm bekannt gemachten Conjectur mit lucrosa vertauscht wissen. Meine Gründe hiergegen waren und sind noch jetzt folgende.

Natürlich kommt es hier zunächst nicht darauf an, ob der von Gaius angeführte Grund der wirklich richtige ist oder uns richtig scheint, worauf aber Bluhme seine Argumentation gegen onerosa stützt, indem er, wie auch früher schon Hugo (G. G. A. 1833 S. 727), meint, daß vielmehr die Pupillartutel wegen der damit verbundenen Verantwortlichkeit ein onus, die Frauentutel dagegen (er wollte wohl sagen: die legitima tutela mulierum) überwiegend ein eigenes Recht des Tutor gewesen sei. Daß Gaius diese Auffassung nicht theilte, sondern lediglich, wie auch der hinzugefügte Grund (cum tempore pubertatis finiatur) bestätigt, von der Betrachtung ausging, daß die Weibertutel lebenslänglich, die pupillare auf wenige Jahre beschränkt sei, zeigt klar §. 172: Sed fiduciarios quoque quidam putaverunt cedendae tutelae ius non habere, cum ipsi se oneri subiecerint — zugleich positiv der sicherste Beweis für die Richtigkeit des onerosa in §. 168, auf das Gaius hiermit offenbar zurückweist. Dagegen paßt zu non . . . lucrosa der hinzugefügte Grund cum tempore etc. ganz und gar nicht und außerdem kann man auch das Mittel, wodurch man nur in Stand gesetzt wird, sich etwas zu erhalten, was lucros sein kann — die Erbschaft der Frau — juristisch doch nicht selbst lucrosum nennen. Der Gegensatz zwischen (gesetzlicher) Weiber- und Pupillentutel, den Bluhme im Auge hat, ist ein ganz anderer als zwischen lucrosum und damnosum; Gaius selbst kennt ihn gar wohl, gebraucht aber auch für die eigenthümliche Stellung der (legitimi) mulierum tutores einen ganz andern und richtigen Ausdruck 1, 192: eaque omnia ipsorum causa constituta sunt.

Fragt man übrigens nach der Richtigkeit des von Gaius angeführten Grundes, so verschiebt man den für dessen Erkenntniß einzunehmenden Gesichtspunct von vornherein, wenn man mit Bluhme im Widerspruch mit den Quellen Pupillar- und Geschlechtstutel überhaupt anstatt gesetzlicher Pupillar- und Geschlechtstutel einander entgegensetzt. Die testamentaria und dativa tutela, gleichviel ob über Weiber oder Pupillen, konnte ebenso wie eine angefallene testamentaria hereditas schon deshalb nicht in iure cediert werden, weil dazu nur bestimmte einzelne Personen als solche (nominatim dati tutores Ulp. 11, 14) berufen werden, so daß hier ein Rechtsstreit unter mehreren, dessen Möglichkeit die in iure cessio stets voraussetzt, undenkbar ist. Doch hat der

testamentarische Tutor — gleichviel ob pupilli oder feminae — das Recht der Abdication (Ulp. 11, 17), weil er nicht, wie der dativus, durch die höhere Gewalt des Staats in dessen Interesse gezwungen wird, Tutor zu sein, sondern nur die gleichstehende Privatgewalt eines paterfamilias ihn nach dem uti legassit ita ius esto der zwölf Tafeln ebenso legitim zur Tutel berechtigt, wie den testamentarischen Erben zur Erbschaft. Seine Tutel ist also (vor Justinian) nicht, wie die dativa, ein munus publicum, sondern ein honor privatim, wie der Magistrat ein honor publice datus. Daß er aber nicht wie der testamentarische Erbe blos Anfangs, vor dem Erwerbe, repudiieren, sondern jederzeit abdicieren kann, beruht auf der völligen Verschiedenheit des Inhalts beider Rechte. Die gesetzliche Tutel (und Erbfolge) ist dagegen ein zunächst der familia (den agnati et gentiles), also einem genus von unbestimmten Personen überhaupt natürlich zuständiges und vom Gesetz zuerkanntes Privatrecht, welches die zwölf Tafeln mit der auch appellativ allgemein so ausgedrückten Bestimmung: proximus agnatus, eventuell gentiles familiae tutelam habento [2]), nur näher regulierten, und darüber, ob Jemand agnatus oder gentilis, beziehungsweise ob er proximus agnatus oder wegen Ermangelung von Agnaten als Gentile berechtigt sei, ließ sich gar wohl ein wirklicher Proceß durch legis actio denken, woraus denn auch die Möglichkeit der in iure cessio überhaupt folgte. In wie weit man aber eine solche, die bei der bloßen Absicht, die Tutel auf einen Andern zu übertragen,

²) Wir haben die Stelle der 12 Tafeln selbst nicht mehr. Mit Bestimmtheit möchte ich behaupten, daß sie nicht mit tutor esto oder tutores sunto, wie die testamentarische Tutel (Gai. 1, 149) ausgedrückt war, so wenig wie die gesetzliche Vorschrift über die Erbfolge mit heres esto, heredes sunto. Collat. 16, 4, 1. 2. Wahrscheinlich ist es mir nach §. 2. J. de legit. agn. tut. (1, 15) und weil auch die Vorschrift über die testamentarische Tutel mit der über die testamentarische Erbfolge in Ein Gesetz (uti . . . legassit, ita ius esto) vereint war, daß sie nur einen Anhang zu der Vorschrift über die Intestaterbfolge (si intestato moritur . . . gentiles familiam habento) bildete, etwa mit den Worten: iidem, si pupillus aut femina escit, familiae tutelam habento. Wenn nun aber die zwölf Tafeln von der Familienerbfolge familiam habento, von der Familientutel familiae tutelam habento sagten, so erkannten sie damit vermöge der Einheit von Person und Vermögen in dem Begriff familia an, daß das hinterlassene Vermögen beziehungsweise die Tutel an sich der familia gehöre und in dieser nur dem nächsten Agnaten resp. den Gentilen zukommen solle.

den Proceß nur fingierte, wirklich zugestehen wollte, hing, wie im spätern Recht z. B. bei Gewährung einer utilis actio, von materiellen Rücksichten ab, und hier wüßte ich nicht, warum der von Gaius angeführte Grund nicht in der That und auch mit Recht für Beschränkung des Rechts der in iure cessio auf die lebenslängliche und darum mehr den Charakter eines festen und durchgreifenden, aber auch lästigen Rechts tragende muliebris tutela entschieden habe (jedoch mit Ausschluß der fiduciaria auch wieder aus dem von Gaius angeführten Grunde, welcher den eines zu Grunde liegenden nur formalen Rechtes mit enthält). Die gesetzliche Pupillartutel erhält zwar in der Regel (nehmlich abgesehen von dem seltenen Fall einer Pupillarsubstitution ohne testamentaria tutela) dem Tutor als Erben auch das Vermögen des Pfleglings für den Fall, daß er stirbt, und daß die mit seinem Recht verbundene Verpflichtung gegen diesen sein Vermögen mit Rechnungslegung herauszugeben — allerdings auch ein ihr eigenthümliches onus, welches aber nicht ausschließt, daß die Geschlechtstutel in anderer Beziehung auch ein eigenthümliches onus enthalte — daß, sage ich, diese Verpflichtung nicht geeignet ist, jenem Recht seinen selbständigen zur Aufgabe desselben befugenden Charakter zu nehmen, zeigt das Abdicationsrecht des testamentarischen Tutors. Dagegen verhält sie sich wegen ihrer kurzen Zeitdauer zur Geschlechtstutel ähnlich wie später die Zeitpacht zur superficies oder dem ager vectigalis, die allein der Prätor zu einem veräußerlichen Rechte machte. Somit kann man aus innern Gründen, wenn man diesen einmal einen so weitgreifenden Einfluß auf die Entscheidung über die richtige Lesart bei Gaius zugestehen wollte, die recipierte auch nicht bestreiten.

Böcking hat seine sprachwidrige Lesart annosa statt onerosa — die nur einen Sinn hätte, wenn der Tutor blos eine schon viele Jahre hindurch bekleidete Tutel cedieren könnte — ungeachtet meiner Einwendung Sed annosum est, quod iam habet, non quod duraturum est multos annos auch in der ed. 5 beibehalten und zu rechtfertigen gesucht, aber mehr mit Anzüglichkeiten, die sich selbst richten, als mit Bezüglichem d. h. zur Sache Gehörigem. Er führt keine Stelle an, wo annosus nicht bejahrt, sondern seiner Natur nach lang dauernd hieße, und so viel ich nachgeforscht habe, gibt es auch keine. Seine vermeintlich sprichwörtliche (celebrata) annositas cornicum soll wohl auf Horat.

Od. 3, 17, 12 gehen: aquae nisi fallit augur Annosa cornix. Mir ist aber kein Ausleger bekannt, der nicht auch hier eine alte bejahrte (und daher wohlerfahrene, untrügliche) Krähe verstände; in der Bedeutung von vivax wäre das Beiwort auch nur ein nichtssagendes s. g. epitheton ornans. Daß quae nunc anus est, olim puella fuit, sed quae ineunte anno XV. moritur, anus non fit ist freilich beides eine unbestreitbare Wahrheit, aber nicht ersichtlich, was sie hier soll. Wenn aber mit dem letzteren parallelisiert zu werden scheint: ita Gaius h. l. dicit pupillarem tutelam tempore pubertatis finiri, so sieht das ja fast so aus, als beschritten Mädchen mit Eintritt ins 15. Lebensjahr die Pubertät — ein Druckfehler, der doch besonders in einem für die iuris studiosa iuventus bestimmten Buche seine Bedenken hat.

3. Gai. 3, 174.

Hier ficht Bluhme die Schlußworte der solennen Formel der solutio per aes et libram,

secundum legem poblicam,

wie ich mit (einstiger) Zustimmung Böcking's (ed. 4) die handschriftlichen Zeichen verbessert habe, an und will statt deren setzen:

perinde lege iure relligatus

oder statt des letzten Wortes, wenn man daran zu großen Anstoß nehme, liberatus (indem ein durchstrichenes b an die Stelle des handschriftlichen g gesetzt würde). Ich gestehe zu, daß diese Lesart theilweise (denn iu = iure, wie Bluhme annimmt, ist keine Sigle) den Zügen der Handschrift, wie sie besonders von Bluhme selbst (Göschen las das letzte Wort: robligat'), gelesen worden sind, genauer entsprechen würde. In der Sache selbst halte ich sowohl Bluhme's Einwendungen gegen meine Lesart für unbegründet, als auch seinen Vorschlag für unzulässig.

Hinsichtlich der ersteren steht secundum legem publicam in den Worten des familiae emptor (Gai. 2, 104), auf deren Analogie ich mich berufen hatte, allerdings in der Mitte der Formel, aber eben so, wie hier, am Schlusse des Satzes, der die Gültigkeit der betreffenden Handlung (dort des Testaments) nach dem objectiven Rechte ausdrücken soll, und darauf kommt es doch allein an. Wenn aber Bluhme meint, es hätte hier 'der eigentliche Rechtsanspruch des Schuldners vollständig frei zu wer-

den' ausgedrückt sein müssen, so berücksichtigt er nicht, was ich gegen diese die ganze Römische Obligations- und Liberationslehre gefährdende Ansicht im Rechte des Nexum S. 233 ausgeführt habe, worauf ich mich also nur wiederholt beziehen kann.

Eben diese Unmöglichkeit, eine bloße Negative, die Aufhebung einer Obligation wieder als ein positives Recht des Schuldners zu denken, widerstreitet nun auch dem ganzen neuen Vorschlage. Außerdem ist aber auch jedes Wort darin anstößig. Was soll perinde heißen, für das das nothwendige Correlat ac oder ut fehlt? Sodann kommt lege iure in dieser unnatürlichen Wortfolge nirgends in der alten Rechtssprache vor. In der von mir (Recht des Nexum S. 232, Anm. 360) schon angeführten Lex Rubr. Col. II. v. 14 steht umgekehrt iure lege damnatus, eben so in der bei der Arrogation üblichen rogatio populi (Gell. 5, 19, 9): uti L. Valerius L. Titio tam iure lege q. filius siet etc. Und wie wenig zufällig oder beliebig diese Stellung sei, zeigt die eben so constante Verbindung der beiden entsprechenden Adjective iustus et legitimus, niemals umgekehrt, in mehrfachen bekannten Anwendungen. Auch konnte die Stellung keine andere sein, wenn man erwägt, daß ius auf das alte vorgesetzliche Recht, lex auf dessen Fassung in den Buchstaben des Gesetzes seit den zwölf Tafeln geht. Daher die letzteren selbst noch nicht von lege oder legitimum sprechen, wohl aber res iure iudicatae, iudex arbiterve iure datus, iure caesus und dies iusti kennen und, was wohl noch nicht bemerkt ist, statt des erst nach ihnen eintretenden lege agere den ehemaligen Ausdruck iurgare, (= iure agere Cäcilius bei Gell. 20, 1, 30. 43. Ovid. F. 1, 48 nach der schwereren Lesart und vgl. Liv. 1, 14) gebrauchen (Cicero bei Non. 5, 34. p. 430) und vermuthlich also auch statt legis actio iurgium, iurgatio (= iuris actio Fest. p. 103 und Gell. l. c.), welche Ausdrücke also ursprünglich eben so wie nachher lege agere, im Gegensatz stehend zu dem erst nach der Befestigung des Krieges Rechtens eintretenden, eigentlich feindseligen litigare vor dem iudex, in diesem Gegensatz später sich nur noch in der aus der ältesten Zeit stammenden Untersagung des iurgare und litigare an den Ferientagen (Brisson. de form. 1, 200) erhalten, übrigens aber, nachdem sie durch lege agere, legis actio aus diesem Gegensatz und dieser Bedeutung verdrängt waren, in der Folgezeit nur noch den allgemeinen Sinn eines

mehr friedlichen Streitens behalten haben[3]) und materiell sich nur darin nicht mit lege agere decken, daß dieses später sogar hauptsächlich auf die tria verba der freiwilligen Gerichtsbarkeit überging, welche die Zeit der iurgia fast noch gar nicht kannte. — Endlich liberatus — um uns nicht bei dem noch aus andern Gründen ganz unzulässigen relligatus aufzuhalten — würde hier der, welcher libram primam postremamque solvit (im Präsens), von sich sagen. Aber wenn er in diesem Augenblick des solvere schon liberiert ist, wie kann er noch solvere?

Noch schlimmer ergeht es aber der ganzen Formel der solutio per aes et libram in Böcking's ed. 5, wo sie so restituiert ist:

> QVOD EGO TIBI TOT MILIBVS 'eo nomine' DAMNAS SVM, *EOS TIBI NVM*M*O*S SOLVO LI*B*RO-QVE HOC AERE AENEAQVE | LIBRA: HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMA*M* *F*ERI*O* | DARE LEGE IVRE OBLIGATV*S*.

Man lasse sich durch den geradestehenden (Antiqua) Druck der Worte DAMNAS SUM, in denen Böcking zuerst von mir abweicht, nicht zu der Meinung verleiten, als stände so in der Handschrift. DAMNAS beruht hier nur auf einer bei Gaius nicht vorkommenden Sigle d = damnas (nur bei Papias und Magno = damnatus), die freilich B. nach Gewohnheit für eine ächte, gerade nur einmal an dieser Stelle vorkommende ausgeben wird. Auch von SVM kann nur m in der Handschr. nachgewiesen werden. Das Folgende ist dann im Ganzen nach Lachmann gebildet; neu zunächst nur, aber sicher auch falsch LI*B*ROQVE statt des hdschriftlichen LI*B*EROQVE: 'quod et rei et linguae legibus repugnat', sagt zwar die Anmerkung, aber ohne Hinzufügung eines Grundes. Ist, wie wahrscheinlich, gemeint, daß man liberare nur von der Person sagen könne, so gilt dieses wohl von gewöhnlichen, nicht aber von Nexalobligationen, bei denen nach Festus das aes oder die pecunia selbst nectiert wird (mein Recht des Nexum S. 3). Wenn daher von der Aufhebung der Obligation von Pfändern, weil auf die letztere auch der Aus-

---

[3]) Wodurch denn auch Cicero l. c. sich hat verleiten lassen, den Gebrauch dieses Ausdrucks in den zwölf Tafeln bei Gelegenheit der actio finium regundorum für etwas dieser Klage Eigenthümliches zu halten, als hätten die Decemvirn damit verblümt sagen wollen, Nachbarn sollten nur in freundlicherer Weise mit einander processieren.

druck nectere übertragen war (Recht des Nexum a. a. O.), ganz gewöhnlich auch der Ausdruck liberare gebraucht wird (Brisson. de V. S. unter liberare n. 4), so muß man auch von der Aufhebung des nexum aes sowohl liberare als solvere mit dem Object des Geldes selbst gesagt haben, gleichwie auch bei Cic. agrar. 3, 2, 9 zuerst praedia soluta im Gegensatz zu obligata vorkommt und dann auch von diesen liberantur gesagt wird. Umgekehrt sagte man solvere, welches bei gewöhnlichen Obligationen nur von diesen selbst oder deren sächlichen Objecten gebraucht wird, bei der Nexalobligation auch von der Person des Schuldners (is per aes et libram heredem testamenti solvat — ita hereditate soluta — Cic. de legib. 2, 20 fin.). Ueberhaupt bezeichnet auch bei diesen Obligationen von den beiden synonymen Ausdrücken solvere, allein (solum), los machen von Anderm (hier vom Schuldner, bei dem das aes alienum war) nur die negative, liberare nach dem bekannten etymologischen Zusammenhange mit ἐλεύθερος (ἐλεύθειν hlaufan) gehend, frei machen, die stärkere positive Seite (hier: daß das aes durch Rückkehr zum Gläubiger wieder zu dessen freier Disposition gelangt, womit man die Aufhebung der servitus durch non usus und die usucapio libertatis vergleichen kann. Das ganz unjuristische librare (von der libra, dem zur Herstellung factisch gleicher Maaße, seltener auch gleicher Gewichte, gebrauchten Instrument) gehört gar nicht hieher. Wäre die Richtigkeit des Gewichts nicht schon durch die Wage des Libripens hinreichend garantiert gewesen, so müßte der Ausdruck ja bei allen per aes et libram gesta vorkommen; hätte aber die gleiche Zahl der geschuldeten Pfunde ausgedrückt werden sollen, wodurch die Aufhebung der Obligation bedingt werde, also pleonastisch das, was viel besser mit primam postremamque ausgedrückt wird, so müßte das Wort wenigstens vor solvo stehen.

Noch viel größeren Anstoß nehmen wir aber an der zweiten Periode, die es nicht einmal bis zum Verdienst eines reinen Pleonasmus bringt, indem hier der, welcher bereits gezahlt hat, auf einmal wieder als obligiert und der bisherige Nexalschuldner nun als allgemein lege iure obligatus und sogar auf gut Deutsch-Latein als dare obligatus 'zu geben verpflichtet' erscheint und blos einen Conat zum Zahlen und diesen auch wieder auf verunglückte Weise ausdrückt; denn sollte hier gegen die sonstigen

Formeln der per aes et libram gesta auch die Art der Entrichtung des aes wörtlich ausgedrückt werden, so würde ja die Hauptsache, das DO fehlen: und wo sonst bei diesen gestis von einem ferire, percutere libram die Rede ist, heißt libra nicht das Pfund, mit dem, sondern die Wage, an welche man anschlägt. Fest. v. Rōdus p. 265. Gai. 1, 119. Nach meiner Ueberzeugung könnten die Römer, gelinde gesagt, nicht so große Meister in der Bildung das Rechtsgeschäft richtig ausdrückender Formeln gewesen sein, wie sie es anerkannt waren, wenn wir dieses Formular für Römisch annehmen sollten.

4. Gai. 4, 44.

demonstratio autem et adiudicatio et condemnatio nunquam solae inveniuntur; nihil *(enim)* omnino demonstratio sine intentione vel condemnatione valet; item condemnatio vel adiudicatio sine intentione nullas vires habet; ob id nunquam solae inveniuntur.

Ich hatte geglaubt, daß dieser völlig sachgemäße Text auch in den beiden mittleren allein bestrittenen Sätzen mit dem Nachweise des Entstehens der handschriftlichen Depravation

nihil omnino sine intentione vel condemnatione valet

und

item condemnatio sine demonstratione vel intentione vel adiudicatione nullas vires habet

endlich allgemein befriedigen würde, habe mich aber doch getäuscht. Bluhme will in dem ersten Satze dem Resultat nach omnino weglassen, in dem zweiten aber durch Hinaufrückung zweier berichtigter Worte

item condemnatio vel adiudicatio sine demonstratione vel intentione nullas vires habet

lesen, also dem Resultat nach zu meinem Texte demonstratione vel hinzufügen, und ihm stimmt Bethmann-Hollweg, Civilproc. II. S. 229, im zweiten Satze auch Böcking (ed. 5) bei. Wenn Bluhme nun meint, daß meine 'Streichung der Worte demonstratione vel als entschiedene Corruption des Textes bezeichnet werden müsse', so übersieht er — kaum begreiflich, da ich dieses auch noch ausdrücklich in der Note sage — daß ich diese Worte nicht streiche, sondern sie nur, zu demonstratio berichtigt, aus dem zweiten Satze in den ersten hinaufnehme mit dem Bemerken, daß die Erweiterung -ne vel, welche demonstratio dort erhalten,

blos eine Zuthat des Abschreibers in Folge der Versetzung des Wortes in den folgenden Satz vor intentione sei, also ganz eben so verfahre, wie auch Bluhme nachher mit vel adiudicatio (statt vel adiudicatione). Wenn er selbst aber das in dem ersten Satze nothwendige demonstratio in omnino finden will und zu diesem Zweck eine sonst unbekannte Sigle erfindet, aus der der Abschreiber omnino gemacht habe und die das eine Mal dostrao das andere Mal dmutrao gedruckt steht, so muß ich gegen dieses ganz unkritische Mittel, eine Lesart zu rechtfertigen, so unschädlich es hier auch wegen der immer noch bleibenden großen Unähnlichkeit zwischen omnino und einer jener Siglen sein mag, wiederholt protestieren. Auch Böcking (ed. 5) verwirft es und ergänzt jetzt (ed. 5) demonstratio nach omnino, wo es aber nur wegen Aehnlichkeit (?) mit diesem Wort ausgefallen sein soll.

Aber auch das durch solche Mittel erlangte Resultat ist unhaltbar. In dem ersten Satz können wir omnino nicht missen. Offenbar will Gaius mit diesem Wort darauf hindeuten, daß die demonstratio der unselbständigste Formeltheil unter allen ist, der ohne die intentio, deren factischen Grund er nur angibt, und die condemnatio, der wieder die letztere zur Voraussetzung dient, gar keine Bedeutung hat, während condemnatio und adiudicatio als Befehle an den Richter formell selbständig sind und nur materiell für sich allein auch keine Kraft haben (nullas vires habent). Der zweite Satz wird durch die Hinzufügung von demonstratione vel unrichtig. Es ist nicht wahr, daß die condemnatio oder adiudicatio ohne demonstratio *oder* intentio keine Kraft hätte — als wenn die letzteren einander hierin alternativ gleich ständen. Nur die intentio, nicht auch die demonstratio, für sich genommen, bedingt die Gültigkeit der condemnatio und adiudicatio; daß aber die intentio in manchen Formeln selbst wieder der demonstratio bedarf, um zu gelten, gehört nicht in diese Frage von der selbständigen Gültigkeit der condemnatio oder adiudicatio. Auch hat Bluhme ein anderes Interesse bei seiner Lesart. Er meint: 'bei allen in factum actiones, *in welchen die demonstratio als intentio benutzt wird*, würde die condemnatio durch den Mangel einer demonstratio nichtig werden'. Er verdeckt hier aber durch eine schillernde Wendung einen falschen Satz. Nach dem Sprachgebrauch der Alten und nach der Wahrheit haben die in factum actiones gar keine de-

monstratio, sondern nur eine nachgeahmte, nehmlich factisch concipierte intentio, welche die Römer niemals demonstratio nennen, und wenn sie ihr auch nicht eigentlich den Namen intentio beilegen, doch nur unter deren Recht mitbegreifen. So führt Gaius in unserem §. 44 auch die factische Frage quanta dos sit als Beispiel einer Präjudicialformel, die nur eine intentio habe, an, während er gleich darauf sagt, daß die demonstratio niemals allein gefunden werde und also sicher auch nicht in jener Präjudicialklage 'eine als intentio benutzte demonstratio' sah. Desgleichen characterisiert er 4, 46 die formulae in factum conceptae im Unterschiede von den in ius conceptae so: in quibus nulla talis intentionis conceptio est, was natürlich verstanden doch auch nur heißt: sie haben zwar auch eine, aber in ihrer Modalität anders concipierte intentio. Endlich sagt er 4, 60 von der depositi actio in factum concepta, wer in ihr mehr Sachen als er wirklich deponiert, angegeben habe, verliere ohne Zweifel seine Sache, quia in intentione plus *posuisse videtur.*

Hierauf beruht es nun, daß ich

5. Gai. 4, 60.

in dem Satze:

> in ea vero, quae in factum concepta est, statim initio intentionis modo res, de qua agitur, designetur his verbis: SI PARET, ILLVM APVD *(ILLVM REM)* ILLAM DEPOSVISSE;

intentionis modo gesetzt habe statt des von Bluhme vorgeschlagenen, von Böcking recipierten und jetzt auch wieder von Bethmann-Hollweg II. S. 219 gebilligten intentionis loco, wozu ich kurz bemerkte: neque vestigiis C. neque sententiae satisfaciens. Den ersten Theil dieser Bemerkung bezeichnet nun Bluhme als 'gewiß verwerflich', da ja die vestigia mit einem l anfingen. Er beachtet aber nicht, daß zufolge Göschen's Scheden nach den Zeichen und Sternchen, welche auf das vorangehende intentionis kommen, vor l noch ein Sternchen, also der Raum für einen Buchstaben oder Buchstabentheil übrig bleibt, wonach er also irrig angenommen hat, daß das fehlende Wort mit l anfange. Dieses hatte ich im Auge und hielt also ein anfangendes m — auf die Zeichen *lı kommend — mit Recht für den Spuren der Handschrift entsprechender als l.

Wichtiger aber ist der zweite Theil meiner Bemerkung. Hier

fragte ich mich: was soll intentionis loco heißen? Es könnte nur heißen: anstatt oder an der Stelle (dem Orte) der intentio. Der erste Sinn (den Bl. selbst nicht will) ist aber unzulässig, weil er, um nicht unrichtig oder doch sehr mißverständlich zu sein und mit initio (formulae) in Widerspruch zu stehen, demonstrationis et intentionis loco fordern würde. Der zweite ist es noch mehr, weil die Worte dann sagen würden: an der Stelle der intentio, also da, wo die Worte stehen quidquid ob eam rem illum paret mihi d. f. oportere, werde designiert: si paret, illum apud illum rem illam deposuisse, was falsch ist, da ja in der actio in f. concepta weder jene intentio noch die demonstratio eine Stellung hat. Dagegen ist intentionis modo vollkommen zutreffend. Es sagt nichts weiter von der Stelle, die ja mit statim initio schon angegeben ist, sondern bezeichnet nur die Formbeschaffenheit der dastehenden Designation des Proceßgegenstandes, daß sie nehmlich zwar nicht eigentlich eine intentio, aber nach Art einer intentio eingerichtet sei, was, wie wir zu 4. am Ende sahen, der Römischen Auffassung ganz entspricht. Um nun aber auch die Verwerflichkeit dieses Theils meiner Bemerkung darzuthun, stellt Bl. einen ganz neuen Begriff von locus intentionis oder einer sonstigen pars formulae auf. So heiße nehmlich 'der leere Raum, der in dem allgemeinen Formular für die einzutragenden Besonderheiten des concreten Falles offengelassen ist', und der an gewissen feststehenden Worten, bei der intentio: si paret, erkennbar sei. Ich muß aber bezweifeln, daß diese Ansicht richtig, wenigstens daß sie Römisch sei. Ueberall, wo uns allgemeine Formulare von Klagformeln oder auch nur von einzelnen Formeltheilen mitgetheilt sind, z. B. in der Lex Rubria, bei Gaius, bei Cicero, finden wir keinen leeren Raum, z. B. hinter si paret, sondern concrete Beispiele, in denen der Raum ebensowohl mit dem, was auf si paret folgt, wie mit diesen beiden oder ähnlichen Worten selbst, ausgefüllt ist. Auch dürfte sich die dem Worte locus hier beigelegte Bedeutung 'leerer Raum' oder das Allgemeine eines Dinges im Gegensatz zu seiner besonderen Ausgestaltung (was wohl eigentlich gemeint ist) in der Latinität nicht nachweisen lassen. Intentionis locus kann vielmehr wie z. B. aedificii locus nur heißen die Stelle, welche die intentio einnimmt, entweder im engeren Sinne, soweit das darauf Stehende selbst eben reicht, oder gewöhnlicher mit Inbegriff

der Localitäten umher, wovon es einen Theil einnimmt. Nur in diesem Sinne steht auch das Wort an den Stellen des Gaius, auf die sich Bluhme beruft: 4, 136. ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis hoc modo: QVOD A. A. DE N. N. INCERTVM STIPVLATVS EST, modo cuius rei dies fuit, wo die Localität unmittelbar hinter der vollständigen demonstratio (nicht blos hinter dem Worte QVOD) gemeint ist; und 4, 68. deductio vero ad condemnationem ponitur, quo loco plus petenti periculum non intervenit, wo ad condemnationem (welches hier auch die vollständige condemnatio, nicht blos condemna s. n. p. a. bezeichnet) schon selbst die Sache klar macht. Vgl. auch 2, 181. 231.

Der Leser wird die vielen Worte über scheinbare Kleinigkeiten verzeihen, da in Wahrheit hinter Irrthümern in Worten in der Regel auch Irrthümer in Sachen liegen.

Um aber doch nicht einen Aufsatz mit lauter Negativen zu bringen, sondern auch etwas Neues mitzutheilen, schließe ich mit der weiteren Besprechung einer neuen Interpunction in meiner zweiten Ausgabe des Gaius, die eine größere Tragweite hat, als man auf den ersten Blick meinen möchte.

6. Gai. 4, 16.

sagt, daß bewegliche Sachen auf folgende Weise in iure vindiciert worden seien:

> qui uindicabat, festucam tenebat, deinde ipsam rem adprehendebat, uelut hominem, et ita dicebat: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM SICVT DIXI. ECCE, TIBI VINDICTAM INPOSVI, et simul homini festucam inponebat.

Wie hier steht, mit einem Punct hinter SICVT DIXI hat man allgemein und habe auch ich noch in meiner ersten Ausgabe die Worte des Vindicanten abdrucken lassen. Diese Interpunction hat bisher zu einem völligen Mißverständniß des Vindicationsacts geführt, besonders in der Deutung der Worte SECVNDVM SVAM CAVSAM, worauf sich hiernach das SICVT DIXI bezieht. Denn da der Vindicant in dem, was Gaius über die ganze legis actio mittheilt, doch noch nichts über die causa, nach welcher er die Sache als die seinige ex i. Q. in Anspruch nimmt, oder wie man sonst das Wort deuten mag, gesagt hat, so sah

man sich genöthigt, darin eine Bezugnahme auf ein Vorverfahren zu sehen, welches dann wieder ein unförmliches sein mußte, weil doch Gaius offenbar die legis actio selbst von ihrem ersten Anfange an darstellt[4]). Wie mißlich aber die Bezugnahme in der förmlichen actio auf ein solches Vorverfahren sei, welches selbst nichts Wesentliches sein konnte, weil es nicht zur legis actio gehörte, — diesen innern Widerspruch fühlte man mehr —, was wenigstens von mir selbst gilt —, als daß man ihn sich gestehen mochte, weil man keinen Ausweg für eine andere Deutung sah; denn alle andern Versuche einer solchen unterliegen noch viel größeren Bedenken. Jene Interpunction ist jedoch falsch. Man muß vielmehr abtheilen:

HVNC EGO HOMINEM EX IVRE Q. MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM. SICVT DIXI, ECCE, TIBI VINDICTAM INPOSVI.

Hiernach ist der ganze Vindicationsact zweigliederig. Er setzt sich zusammen aus einem aneignenden dicere, begleitet von bloßer demonstrativer Anfassung der Sache, und bestehend in den Worten HVNC .... MEVM ESSE AIO SEC. SVAM CAVSAM: und einer That, dem vindicere, später vindicare, bestehend in der Anlegung der festuca und begleitet von den Worten SICVT DIXI E. T. V. INPOSVI. Hinsichtlich des SICVT DIXI sind wir nun von der so große Verlegenheiten mit sich bringenden Beziehung desselben auf die Worte SECVNDVM SVAM CAVSAM befreit; es geht vielmehr auf die ganze erste Rechtsbehauptung und dient dazu, völlig angemessen, die nun folgende und mit Worten ausgedrückte Anlegung des Rechtsspeers, der daher selbst vin-dicta heißt, als eine dem ersten Gliede entsprechende äußerste oder kriegerische Geltendmachung des eben nur erst mit Mund und Hand behaupteten Eigenthums darzustellen, mit andern Worten: den zunächst nur nach innerm Rechtsgrunde und daher auch nur eben so wie bei dem friedlichen Mancipationsgeschäft behaupteten Eigenthumsbesitz als einen processualen zu

---

[4]) Was Manche freilich, um den Schwierigkeiten der Bezugnahme auf ein unförmliches Vorverfahren zu entgehen, läugnen, wie noch der neueste Schriftsteller über diese Materie O. Karlowa, Beitr. zur Gesch. des Röm. Civilpr. S. 12 flg. besonders S. 17 — immer aber auch nur dem sicut dixi nach bisheriger Interpunction zu Liebe.

charakterisieren [5]). Damit gewinnen wir denn auch den befriedigenden Ausgangspunkt für das weitere Verfahren, welches, nachdem der Andere auch vindiciert und damit den Besitz des ersten processual bekämpft, der Prätor aber — zur Unterscheidung dieses civilen Streits von dem völkerrechtlichen — Namens der Staatsordnung beiden das Loslassen der Sache befohlen hat, darauf hinausgeht, daß der zweite Vindicant auf Nachfrage des ersten diese Bekämpfung als eine solche zwecks Durchführung des (Civil-) Rechts an der Sache constatieren muß (postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris? — ius peregi sicut vindictam inposui), um damit die Grundlage für die Erhebung des zunächst blos äußeren Streits vor der Obrigkeit zu einem civilen Streit über das Eigenthumsrecht zu gewinnen, der gestattet, (quando tu iniuria vindicavisti) die Sache nun durch Herausforderung mittels Beeidigung des eigenen Rechts zu gleicher Beeidigung des seinigen Seitens des Andern an die im Staat durch Proceß wie unter Völkern im Kriege entscheidenden und die widerrechtlich geschehene Rechtsanmaßung rächenden Götter und damit auch zur Entscheidung durch den Jupiters Stelle vertretenden iov-dex zu bringen. Wäre nehmlich das vindictam imposui nur schlechthin und nicht sicut dixi geschehen, so würde es sich blos als eine Besitzesstörung, nicht als eine mit dem ex i. Q. meum esse aio in Verbindung stehende Eigenbesitzesstörung darstellen, die wohl für einen dem interd. Uti possidetis analogen Proceß, nicht aber zu der weiteren Frage nach dem Grunde und Zwecke der Gegenvindication Veranlassung hätte geben können, in deren weiterem Verfolg die ganze Besitzesfrage nur zu einem untergeordneten Bestandtheil des Eigenthumsprocesses gemacht wird.

---

[5]) Unter processualem Eigenthumsbesitz verstehe ich eben den auch wider einen bestreitenden und selbst Eigenthum behauptenden Gegner mit Zurückführung auf den letzten factischen Eigenthumsgrund geltend gemachten — nur innerhalb des Staats vor der Obrigkeit. Weil aber der älteste Staat der eben erst aus dem Zustande des ius gentium hervorgegangenen, in diesem selbst noch souverän gewesenen Familien den Streit über Mein und Dein noch als ein nur zum Bilde herabgesetztes Verfahren des ius gentium darstellen muß, deshalb wird als Symbol dieses Streits der Speerstab angewandt, kraft dessen allein souveräne Völker auch wider einander Eigenthum haben und behaupten. Dieses will auch Gaius 4, 16 mit dem quod maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent sagen.

Die Worte SECVNDVM SVAM CAVSAM erhalten nun aber den Sinn, daß der dicens ein meum oder Eigenthum in Folge eines demselben (diesem meum) schon inwohnenden Grundes d. h. Erwerbgrundes behauptet, wie es jeder Proceß wegen eines bestrittenen Rechts erfordert (L. 11. §. 2. 4. 5. L. 14. pr. §. 2. D. de exc. rei iud. 44, 2), und damit seine Behauptung von der übrigens ganz gleichen des mancipio accipiens (Gai. 1, 119) unterscheidet, in dessen Munde sie, wie der Zusatz isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra zeigt, auf gegenwärtig erst entstehendes Eigenthum geht. Ein sicherer Beweis für diese Bedeutung der gedachten Worte liegt darin, daß sie bei der in iure cessio nach Gai. 2, 24 wegbleiben, — eben so natürlich auch bei der manumissio vindicta, obgleich manche Neuere (z. B. Rein, Privatrecht S. 571) sie da willkührlich hinzufügen — weil auch durch diese, wie durch die Mancipation, erst jetzt Eigenthum (bei der manumissio Freiheit) erworben werden soll. Daß doch einem homo alieni iuris nicht in iure cediert werden kann (Gai. 2, 96), steht hiermit nicht in Widerspruch; denn die persönliche Fähigkeit zu einer Handlung beruht auf ihrer formalen Seite, nach der die in iure cessio für den Erwerber immer eine gerichtliche Vindication bleibt, mit der in dieser, wenn auch nur fictiv, von selbst liegenden Voraussetzung, daß ihr ein schon vorhandenes Recht zum Grunde liege, welches der homo alieni iuris nicht haben kann: wogegen das secundum suam caussam mit seiner Hinweisung auf den nach der litis contestatio darzuthuenden Erwerbgrund gar nicht zu den formellen, sondern zu den materiell streitrechtlichen Bestandtheilen des Formulars gehört.

Doch auch in anderer Beziehung erlangen wir nun in das Wesen der in iure cessio eine gründlichere Einsicht. Gaius (l. c.) stellt diese nach Boethius so dar:

> apud magistratum populi Romani, uelut praetorem vel apud praesidem prouinciae is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita uindicat (dicit C. Ver.): HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO; deinde postquam hic uindicauerit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra uindicet, quo negante aut tacente tunc ei, qui uindicaverit, eam rem addicit.

Hiernach mußte man glauben, daß die großgedruckten Worte die einzigen gewesen, welche der Erwerber aussprach, daß ihr Aussprechen vor dem Prätor vindicare im eigentlichen Sinne geheißen habe und daß die Worte postquam hic uindicauerit nur eine erläuternde Exegese von deinde seien, ein Anlegen der Festuca aber bei der in iure cessio überhaupt nicht Statt gefunden habe [6]). Deshalb hatte ich denn auch in meiner ersten Ausgabe das uindicat bei Boethius dem dicit der Veroneser Hschr. vorgezogen. Jetzt ergibt sich, daß das dicit der letztern an dieser Stelle eben so wie dicebat 4, 16 das Richtige ist, daß Gaius mit den Worten postquam hic uindicauerit nicht blos exegetisch zu deinde das eben dargestellte Aussprechen der Worte HVNC E. H. E. I. Q. M. ESSE AIO, sondern etwas Neues, das Anlegen der Festuca unter Hinzufügung der Worte SICVT DIXI, ECCE, TIBI VINDICTAM INPOSVI gemeint hat — worin denn auch der vollständige Beweis für unsere Behauptung liegt, daß vindicare, wenn es auch im allgemeinen Sinne für die ganze Formel, also = manum conserere gebraucht wurde, doch eigentlich nur auf deren zweiten Theil ging. Auch verstehen wir nun besser die Definition des manum conserere, welche Gellius 20, 10, 7, wie er selbst sagt, aus Büchern der Rechtsgelehrten beibringt: Manum conserere est, de qua re disceptatur in re praesenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere et in ea re omnibus verbis vindicare. Was heißt hier das auffällige und oft angefochtene

[6]) Wahrscheinlich war dieses auch die Auffassung des Valerius Probus oder vielmehr eines seiner spätern Excerptoren, der die Stelle des Gaius zuerst mißverstanden hatte (da diese Excerptoren auch sonst vielfach die Valerischen notae nach eigenem Sinne in mehrere zerlegt haben), wenn bei ihm die notae vorkommen: S. S. C. S. D. E. T. V. (I.) = secundum suam causam sicuti dixi ecce tibi vindictam (imposui). Wenn nehmlich bei ihm die ganze Vindicationsformel (im weitern Sinne) in zwei Theile gesondert erscheint, wovon der erste Hunc Ego Hominem Ex Iure Quiritium Meum Esse Aio in unsern Handschriften nur weggefallen ist, so war der Grund gerade dieser Sonderung doch vermuthlich der, damit auszudrücken, daß, während dieser erste Theil der in iure cessio mit der processualen legis actio in rem gemeinsam sei, jener zweite bei der letzteren zu dem ersten noch hinzutrete. Nach eben diesem Mißverständniß ist denn auch das im Text weiter besprochene uindicat bei Boethius statt dicit gesetzt worden, wahrscheinlich nicht erst von ihm selbst.

omnibus verbis vindicare? Offenbar bezeichnet die Definition auch die Zweigliedrigkeit des Acts: zuerst das bloße Anfassen mit der Hand und dann das vindicare (vindictam imponere), welches aber omnibus verbis geschehen muß, d. h. so daß zu dem ersten Formeltheil auch der zweite hinzutritt. In der bei Gellius folgenden Definition Vindicia id est correptio manus in re atque in loco praesenti besagt aber das Wort correptio manus im Gegensatz zu dem simul manu prendere, daß die eigentliche Vindication erst in der vollen Besitzgeltendmachung gegen den Andern lag (man vergleiche Serv. ad Aen. 10, 14 und das usurpare bei der Usucapion). Endlich ergibt das richtige Verständniß der Worte des Gaius (2, 24) postquam hic uindicauerit, daß die eigentlichen Vindicationsworte mit Anlegung der Festuca auch ein integrierender Bestandtheil der in iure cessio waren. Mit dieser letzten Erkenntniß schwindet denn auch alles Befremden, welches bisher eine scheinbare Verschiedenheit der Formen der in iure cessio von Sachen und der manumissio vindicta erregen mußte, bei welcher letzteren außer dem Namen selbst Boeth. in Cic. Top. 2, 10 p. 288 Orell. — die einzige Stelle, welche das Richtige darüber aussagt — die Anwendung der Festuca und der eigentlichen Vindicationsworte ausdrücklich bezeugt.

Nicht ohne Interesse ist es, gelegentlich auf die anderen auch noch sehr bestrittenen [7]) Bestandtheile des Vindicationsformulars einen Blick zu werfen, welche nur bei unbeweglichen und andern abwesenden Sachen als Einleitung der eigentlichen Vindication eintraten und nach Gellius l. c. erst durch Gewohnheitsrecht aufkamen, als die Ausdehnung der Römischen Gränzen und die Vermehrung der Jurisdictionsgeschäfte [8]) es den Prätoren unmöglich machten zwecks der Vornahme der Vindication namentlich

[7]) Die neueste Behandlung des Gegenstandes, welche zugleich die meisten frühern Ansichten berücksichtigt, gibt der schon citierte Aufsatz „Die manus consertae und die deductio quae moribus fit" von O. Karlowa, in dessen Beitr. z. Gesch. des Röm. Civilproc. 1865. S. 1 flg.

[8]) Bei Gell. 20, 10, 9 ist nehmlich in der Stelle Sed postquam praetores propagatis Italiae finibus datis iurisdictionibus negotiis occupati am wahrscheinlichsten zu verbessern et (d. h. auch) alis iurisdictionis (statt iurisdictionib.) negotiis. Es wird dann hingedeutet auf den großen Zuwachs von Geschäften, welche dem Prätor die Recuperationen in den Processen mit Peregrinen verursachten, also auf die Zeit nach Unterwerfung Latiums und vor Creierung einer stehenden zweiten Prätur.

an Grundstücken zu diesen selbst mit den Parteien hinzureisen. Nach Cicero (pro Mur. 12), der uns diese Formeln allein aufbewahrt hat, waren sie folgende. Der Kläger sagte vor Gericht:

FVNDVS, QVI EST IN AGRO QVI SABINVS VOCATVR, EVM EGO EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO. INDE IBI EGO TE EX IVRE MANV*(M)* CONSERTVM VOCO.

Denn obgleich Cicero diese Worte in drei Absätzen nach einander vorträgt, um dadurch die lächerlich gemachte Weitschweifigkeit des 'tam loquaciter litigiosus' desto mehr hervortreten zu lassen, so bildeten sie doch offenbar nur eine zusammenhängende Formel. Darauf antwortete der Gegner:

VNDE TV ME EX IVRE MANV*(M)* CONSERTVM VOCASTI, INDE IBI EGO TE REVOCO.

'Praetor intereà ne pulcrum se ac beatum putaret, atque aliquid ipse sua sponte loqueretur, ei quoque carmen compositum est, quum ceteris rebus absurdum, tum vero in illo':

SVIS VTRISQVE SVPERSTITIBVS PRAESENTIBVS ISTAM VIAM DICO. INITE VIAM [9]. Praesto aderat sapiens ille, qui inire viam doceret. REDITE VIAM.

Wenn Gellius als Zweck jenes gegenseitigen vocare zwar ad manum conserendam angibt, aber dieses im Gegensatz zu dem von den zwölf Tafeln vorausgesetzten si qui in iure manum conserunt so erklärt, als wenn nun eben dieses manum conserere nicht mehr in iure sondern durch Hinwegrufen von der Gerichtsstätte (ex iure) auf den fernen Acker dort hätte geschehen sollen [10], so ist dieses ein offenbares Mißverständniß, veranlaßt

---

[9] Dieses INITE ist ohne Zweifel nur aus dem folgenden inire gemacht und wahrscheinlich vielmehr zu lesen EN, ITE (vgl. das ECCE, TIBI VINDICTAM INPOSVI), jedenfalls nicht INITE, statt dessen auch Serv. ad Aen. 4, 467. 5, 862 und Priscian. XVIII. §§. 167. 196. p. 283. 302. Hertz. (der zugleich HANC VIAM DICO gibt) ITE in ihren Handschr. des Cicero lasen; denn der Prätor mußte nicht blos das Antreten sondern eben so das Gehen des ganzen Weges, wie das völlige Rückkehren befehlen.

[10] Vindicia id est correptio manus in re atque in loco praesenti apud praetorem ex duodecim tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: SI QVI IN IVRE MANVM CONSERVNT. Sed postquam praetores.... proficisci vindiciarum dicendarum causa in longinquas res gravabantur,

durch den scheinbaren, aber doch nur willkührlich angenommenen Gegensatz von in iure manum conserunt und ex iure manum consertum vocare. Das blos von den Juristen aufgebrachte Formular, durch welches nur den Prätoren die Reise zum Grundstück erspart werden sollte, konnte sich nicht in Widerspruch mit den zwölf Tafeln setzen — dadurch wäre die ganze legis actio nichtig geworden — und es konnte also auch hier nach wie vor nur ein in iure manum conserere Statt finden, was auch Gellius selbst in Uebereinstimmung mit Gai. 4, 16 damit bestätigt, daß er nachher sagt, das vindicare, d. h. aber das eigentliche manum conserere, habe an der vom Grundstück vor den Prätor gebrachten Scholle Statt gefunden. Ex iure darf also nicht, wie man allgemein nach Gellius thut, mit vocare, sondern muß mit manum consertum verbunden werden, was auch aus anderen älteren Stellen hervorgeht, welche das ex iure manum consertum allein ohne vocare enthalten[11]), und ex iure heißt nicht: aus der Gerichtsstätte, sondern s. v. a.: ex iure civili, nach dem Recht, wie in ex iure Quiritium, und stellt dieses manum conserere in Gegensatz zu der kriegerischen manus consertio.

---

institutum est contra duodecim tabulas tacito consensu, ut litigantes non in iure apud praetorem manum consererent, sed ex iure manum consertum vocarent, id est, alter alterum ex iure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret: atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terrae aliquid ex eo, uti unam glebam, in ius in urbem ad praetorem deferrent, et in ea gleba, tanquam in toto agro vindicarent.

[11]) Schon Gellius selbst führt es 20, 10 in der Ueberschrift Quid vocabulum ex iure manum consertum significet und §. 1. Ex iure manum consertum verba sunt ex antiquis actionibus — hier erklärt er noch nicht — als in sich zusammengehörig, gleichsam als Ein adverbial gebrauchtes Wort an, das er auch §. 10 dem bello entgegensetzt. Eben so der von ihm dann citierte Ennius: Non ex iure manum consertum, sed mage ferro Rem repetunt, regnumque petunt, vadunt solida vi, wo das Citat desselben Verses bei Cic. ad fam. 7, 13. Nam, ut audio, istic non ex iure manum consertum, sed mage ferro rem repetunt, zeigt, daß diese Worte nur zu rem repetunt gehören. Irrig hatte ich daher früher jene Anfangsworte in dem Citat des Ennius bei Gellius mit dem letzten Wort der vorhergehenden Verse zusammenconstruirt: Haud doctis dictis certantes nec maledictis Miscent inter sese inimicitias agitantes — wo aber wahrscheinlich zu lesen ist certant s(ed) nec maledicta Miscent, inter sese inimicitias agitantes. Non ex iure u. s. w. Der Dichter steigert: nicht durch friedlichen Privatstreit blos mit Gründen, aber auch nicht durch Einmischung böser, scharfer Reden wie inimici wider einander pflegen; (ja

Der Zweck des beiderseitigen vocare ist in dem ex iure manum consertum selbst angegeben, aber nicht so, als wenn dieses conserere nicht in bisheriger Weise in iure bewirkt werden sollte, sondern so, daß, um es so zu bewirken, jetzt, wo die Reise wegfiel und ein Rechtsbild das vorstellte oder vertrat, was am Grundstück geschehen sollte, es dazu dieses vocare bedurfte. Um aber zu verstehen, was dieses war, müssen wir uns das frühere Recht vergegenwärtigen.

Nach diesem hatte das wirkliche Hinreisen des Prätors und der Parteien zu dem Grundstück, wo dann das ius für die manus consertio war, ganz die Stelle des Hinbringens einer beweglichen Sache vor den Prätor vertreten und nur das gemeinschaftliche Entnehmen einer Scholle oder eines sonstigen Stücks von demselben wird schon ursprünglich und also auch früher als das eines Stücks von einer Heerde, einem Schiffe, einer Erbschaft u. s. w. (Gai. 4, 17) üblich und selbst nothwendig gewesen sein, weil bei einer unbeweglichen Sache die manus correptio ähnlich wie die usurpatio, die bekanntlich auch durch Abbrechen eines Zweiges oder dgl. vom Grundstück unter Aussprechung der Eigenthumsbehauptung geschah, eine vollständige Aneignung an die Person (adsertio) erforderte. Auch gehen hierauf offenbar die Worte in re atque in loco praesenti bei Gellius, indem ersteres die vom locus entnommene Sache bezeichnet. Eines gegenseitigen Rufs zu diesem Aneignen oder einer Aufforderung zum 'vindicias sumere' bedurfte es aber weder unter den Parteien noch Seitens des Prätor, so lange noch manus nach Gellius in re atque in loco praesenti apud praetorem conseriert wurde, weil es unter dem Aussprechen der Vindicationsworte hunc ego fundum e. i. Q. meum esse aio selbst geschah und also nur ein Bestandtheil der manus consertio bei Grundstücken war. Mochte man dann auch schon frühzeitig eine Scholle unmittelbar vor dem Vindicationsact loslösen, um sie dann bequemer beim Vindicieren gleich ergreifen zu können, so wird doch selbst die Idee erst viel später aufgekommen sein, daß sie das Grundstück nur als pars

auch) nicht auf dem (innerhalb der Rechtsordnung des Staats äußersten) Wege eines förmlichen Processes — sondern durch Waffengewalt. Karlowa a. a. O. S. 5, welcher meine frühere Construction (Puchta, Instit. §. 161. Anm. 1) mit Recht verwirft, bleibt inconsequent doch bei der Erklärung „aus der Gerichtsstätte rufen“.

pro toto vertrete[12]), wie man später auch den als Volk auftretenden actor als Vertreter desselben ansah (Gai. 4, 82. vgl. dagegen Cato bei Fest. v. Vindiciae p. 376), und selbst dann bedurfte es keiner besondern Constatierung, daß sie wirklich ein Bestandtheil des streitigen Grundstücks sei, weil die Ablösung von demselben ja vor den Augen des Prätors geschah. Alles dieses änderte sich aber, als an der Scholle fern vom Grundstück und ohne Reise dahin vindiciert werden sollte.

Ein materielles Erforderniß für dieses neue Verfahren bestand nun darin, daß auf besondere Weise constatiert werden mußte, daß die Scholle von den Parteien wirklich vom streitigen Grundstück entnommen sei, was nur durch Zeugen, die man zur Entnahme zuzog, bewirkt werden konnte. In formeller Hinsicht war es aber Aufgabe des zu erfindenden, in Wort und Bild die Sache selbst vertretenden Rituals, daß theils die Einheit des manum conserere in dem Entnehmen der Scholle als einem in sich unselbständigen und der vindicatio daran als dem eigentlich alleinigen und jenes Entnehmen nur als ein Moment seiner selbst enthaltenden Consertionsacte festgehalten, theils der Act so dargestellt wurde, als geschähe er am Grundstück und doch vor dem Prätor selbst, was denn, wenn es auch für den Prätor, dessen Befehl und Imperium durch seine Organe auch in die Ferne für das ganze Staatsgebiet Gewalt hat (Gell. 13, 12), und für das Grundstück stellvertretungsweise möglich war — indem jener für die Entnahme der Scholle vor ihm durch andere Personen, das Grundstück für die Vindication an ihm durch die Scholle repräsentiert wurde — doch für die handelnden Parteien eine Ausgleichung der Ortsentfernung durch einen beiderseitigen Ruf, welcher die manus consertio in ihrem Anfang vertrat[13]) und

---

12) Daß man in der ursprünglichen Rechtsanschauung den Zusammenhang und die einheitliche Identität des von einem Ganzen entnommenen Stücks, womit oder woran man einen Rechtsact vornahm, mit diesem Ganzen selbst festhielt, zeigt wohl nichts besser als die Bemerkung des Trebatius bei Arnob. 7, 31 zu der Formel mactus hoc vino inferio esto, man habe inferio (was zum Opfer in die Gräber gebracht ist) hinzugefügt, damit nicht sonst der ganze Wein im Keller, wovon man ihn genommen, sacer würde.

13) Wie das Wort in dem antiken Rechtsleben die Handlung oder Sache zu vertreten vermag (vgl. Danz, d. sacrale Schutz S. 3. 237 flg.), zeigt außer der acceptilatio auch z. B. die sponsio, die allerdings von den

mit deren Ende (in der Vindication) zur Einheit verknüpfte, und durch eine entsprechende bildliche Darstellung der Reise zum Grundstück und zurück erforderte. Sehen wir nun zu, ob die Formulare dieser an sie gestellten Aufgabe entsprechen und damit unsere Auffassung selbst bestätigen.

Die Formel der vocatio besteht auch wieder aus zwei Stücken, wie die vindicatio im weiteren Sinne. Das erste: Fundus (z. B. Cornelianus, was Cicero als blos zur individuellen Anwendung gehörig wegläßt; vgl. L. 6 fin. D. de rei vind. 6, 1) qui est in agro, qui Sabinus vocatur, eum ego ex iure Q. meum esse aio unterscheidet sich von dem ähnlichen der Vindicationsformel durch seine blos nachrichtliche Natur, indem es den Gegenstand als abwesend mit Namen und nach seiner Lage in einer gewissen Gegend bezeichnet, und weder demonstrativ mit der aneignenden Handlung des Aufassens noch mit dem Zusatz secundum suam causam ausgesprochen wird; denn die ganze vocatio ist eben nur erst eine Vorbereitungshandlung für die Vindication. Es ist aber nothwendig theils als editio actionis, welche sonst zugleich in dem ersten Theil der Vindicationsworte liegt, theils um darauf die eigentliche vocatio gründen zu können. Eben deshalb beginnt diese oder das zweite Stück mit inde, dessen Bedeutung in dieser Stelle als folgernde (aber nur entfernt folgernde) Partikel = daher (weil ich Eigenthum behaupte) schon Hand Tursell. III. p. 164. 364 festgestellt hat und auch Karlowa

σπονδαί (Gai. 3, 93. Fest. v. Spondere p. 329) herkommt. Wie bei den Griechen Verträge unter solchen, die gemeinschaftliche sacra hatten, dadurch auf besonders unverbrüchliche Weise eingegangen zu werden pflegten, daß man sie durch Opfer und Weinspende, wovon die Vertragschließenden selbst genossen, besiegelte, so geschah dieses ohne Zweifel auch im ältesten Rom, besonders an der vor der ältesten Stadt gelegenen und darum den Patriciern und Plebejern — allen Bürgern — gemeinsamen ara maxima Herculis (Recht des Nexum S. 101. Danz a. a. O. S. 113 flg.). Späterhin schloß aber der bloße Gebrauch der Verpflichtungsformel spondesne, spondeo die Fiction solcher σπονδαί in sich, woher es kam, daß nur Römische Bürger, weil nur sie an jenen Sacra Theil hatten, einander damit gültig verpflichten konnten. Auf dieses gemeinsame Genießen von den σπονδαί möchte ich mehr Gewicht legen, als mit Danz auf Auspicien und Eid. Zu Justinian's Zeit trat an die Stelle jener uralten Sitte nach der neuen Religion der Gebrauch, daß man zur Bestärkung eines Vertrags gemeinschaftlich das h. Abendmahl nahm. Procop. hist. arc. 6 mit Alemanis Nachweisungen p. 370 ed. Bonn.

richtig annimmt. Ueber die sprachliche Unzulässigkeit ibi hier für eo zu nehmen (ich rufe dich dorthin), wolle man sich durch denselben Hand l. c. p. 165 unterrichten lassen. Diese Bedeutung des Worts würde aber auch sachlich verkehrt sein, weil sie nothwendig auf die Vorstellung führte, daß die manus consertio, worunter im eigentlichen Sinne doch die Vindication zum wenigsten hauptsächlich verstanden werden muß, draußen an dem Grundstück vorgenommen werden solle. Hand selbst will ibi in dem Sinne von illico, 'auf der Stelle, ohne Weiteres' nehmen. Dieser ist sprachlich zulässig; es ist aber nicht abzusehen, warum dieses Selbstverständliche besonders ausgedrückt worden wäre. Vielmehr heißt ibi auch hier, wie gewöhnlich 'dort'. Im Geiste dort auf dem Grundstück im Sabinischen Lande, wo die Parteien die Scholle schon entnommen haben, ruft jeder den andern ex iure manum consertum. Dieses auszudrücken war durchaus nothwendig, wenn das manum conserere in Gemäßheit des Gesetzes am Grundstück selbst vor sich gehen sollte. Das te ex iure manum consertum voco ist aber auch nicht so viel als ad manum conserendam te voco, d. h. es liegt darin nicht die Aufforderung etwas Zukünftiges vorzunehmen, sondern ex iure manum consertum ist selbst Inhalt des Rufs (ich rufe dich: 'auf, zum ex iure manum conserere') — sonst hätte es nicht für sich ein adverbialer Ausdruck werden können[14]) — und so ist es ein Ruf zum gegenwärtigen hiermit selbst schon beginnenden manus conserere, der ebenso wie das im Schlachtruf des Lictor vollzogene viros voca: proelium ineant (Sabid. in Interpr. ad Virgil. Aen. 10, 241) des Feldherrn[15]) nur das manum conserere selbst nach seinem Anfange, der in der Entnahme der Scholle factisch schon geschehen war, in formularer vergeistigter Weise vertritt. Endlich wird mit ex iure manum consertum voco die Einheit der in dem Entnehmen der Scholle mit dem Ruf beginnenden, in der Vindication aber sich allein wirklich vollziehenden Consertionshandlung ausgedrückt, weil nach dem Recht die letztere bei Grundstücken eben so geschehen mußte.

[14]) Der Vers des Ennius (A. 11) ist also etwa zu übersetzen: 'Nicht mit dem Ruf: nach dem Rechte gekämpft!, vielmehr mit dem Eisen'.

[15]) Auch auf den Umbrischen Tafeln kommen in deren Ritualen mehrfach solche mit ihrem Inhalt angegebene Rufe vor, z. B. III. 21. VI. 6. 56. 63. Meine Iguv. Taf. S. 246. 415.

Daß in der Antwort des Gegners te revoco nicht: ich rufe dich zurück, sondern nach einer auch sonst häufigen Bedeutung ich rufe dich, den Rufenden, wieder oder umgekehrt auch, heißt und daß unde tu me . . . vocasti eine Wiederholung der ganzen Formel des Klägers für die Seite des Beklagten — also auch auf Grund seines (des Beklagten) Eigenthums am Grundstück — in sich schließt, ist schon von Andern, letzteres namentlich von Karlowa erkannt worden. Wegen der Kürze der Formel ist aber zu bemerken, daß die Römer überhaupt bei secundären Formeln, die sich auf eine vorangegangene primäre entsprechend beziehen, nicht die Wiederholung der ganzen Formel fordern. So genügt bei Präjurationen das idem in me (Fest. ep. v. Praeiurationes p. 224), bei Stipulationen, daß der Promissor nur spondeo antwortet, bei Substitutionen das Wort heredem substituo, obgleich eine erste Erbeseinsetzung mit heredem instituo nichtig sein würde, bei der legis actio selbst, daß der Vindicant sagt quando iniuria vindicavisti (ohne weitere Angabe der Sache u. s. w.) sacramento te provoco, und bei der umgekehrten Provocation des Gegners sogar similiter ego te [16]). Daß aber die

[16]) Man könnte hieraus ein Gegenargument gegen meine äußerlich nur auf dürftigen, wenn auch sichern Resten der Handschr. und zum Theil auf Valerius Probus beruhende Restitution der bei persönlichen Klagen entsprechenden beiden Provocationsformeln (Gai. 4, 15): *QVANDO* NEGAS, SAC*RAMENTO QVINGENARIO TE PROVOCO*, *adversarius quoque dicebat: QVANDO AIS EGOQVE ABS TE EA* RE CAPTVS *SVM*, *SIMILITER EGO TE SACRAMEN*TO QVIN-*GENARIO PROVOCO* hernehmen wollen, weil da ja die secundäre Formel des Beklagten nicht blos die ganze vorhergehende Formel des Klägers wiederholt, sondern selbst reicher ist als diese. Aber dieses Beispiel beweist nur, daß die Römer vor Allem nach der Natur jedes Falles das durch die Formel ausdrückten, was ausgedrückt werden mußte. Bei der in rem actio befanden sich Kläger und Beklagter nach der beiderseitigen Vindication, die durch die Besitzanmaßung, wenn sie mit Unrecht geschehen war, schon an sich eine Verletzung des Gegners enthielt, für die Begründung der provocatio sacramento in ganz gleicher Lage. Nicht so bei der persönlichen Klage. Hier war zwar die negatio der Klage schon als solche eine Beeinträchtigung des Klägers, der in Folge derselben ohne Befriedigung bleiben sollte. In dessen vorheriger Berühmung aio te mihi dare oportere lag aber eine solche gegen den Beklagten an sich nicht (das Römische Recht erkennt bekanntlich kein Recht der provocatio ad agendum wegen Berühmung an). Sie hatte eine solche erst dadurch zur Folge, daß der Kläger sie durch die weitere Verfolgung mit provocatio sacramento

ganze revocatio gleichsam nur ein Echo der vocatio war, wie später die contravindicatio gegen die vindicatio, würden wir noch deutlicher erkennen, wenn uns Cicero's Vergleich des sie eingebenden iure consultus (weil der Gegner selbst nicht gewußt habe, was er einem so geschwätzigen Kläger antworten solle) mit einem Latinischen Flötenspieler klarer wäre, als sie ist[17]).

Es liegt wohl nahe zur Bestätigung des über diese vocatio und revocatio Gesagten auch noch die provocatio sacramento heranzuziehen, die frühzeitig die Stelle eines ursprünglich sogleich geleisteten Eides beider Theile vertrat, obgleich sie auch wieder ihr Eigenthümliches hatte. Doch würde uns diese Abschweifung zu weit führen.

In den nun folgenden Worten des Prätor bei Cicero hat schon Ciaconius nach SVIS VTRISQVE SVPERSTITIBVS PRAESENTIBVS ergänzt *VINDICIAS SVMITE:* der Sache nach richtig, wie aus Festus v. Superstites p. 305 hervorgeht: Superstites testes praesentes significat. cuius rei testimonium est, quod superstitibus praesentibus i, inter quos controversia est, vindicias sumere iubentur. Aber irrig insofern, als angenommen wird, die Worte wären auch in den Handschriften der Rede des Cicero ausgefallen; denn dieser gibt mit den Worten quum ceteris rebus absurdum, tum vero in illo zu erkennen,

---

zur Grundlage eines Processes machte, wenn sie dann ungegründet war, indem der Belangte dann doch auch vom Richter aus Irrthum verurtheilt werden konnte. Deshalb mußte der Beklagte in seiner Gegenprovocation auch das egoque abs te ea re captus sum zu dem quando ais noch hinzufügen.

[17]) Transit idem iure consultus tibicinis Latini modo: VNDE TV ME, inquit, etc. sind die einleitenden Worte. Was die Philologen darüber gesagt haben, findet man in Ernesti's Ind. Latin. seiner clav. Cicer. unter tibicen. Sicher scheint, daß von der Anwendung des Flötenspielers nicht beim Opfer, von wo sie Cicero nicht zu seinen Possen herbeiziehen durfte, sondern bei den scenischen und zwar den altlatinischen Spielen (Liv. 7, 2) die Rede ist. Transit, wie schon Quintil. J. O. 7, 1, 51 in dieser Stelle des Cicero las — man könnte sonst an eine Emendation traicit idem denken: er wirft dasselbe Formular, wie der Flötenspieler dieselbe Melodie, nur etwa in der Höhe oder Tiefe verändert (Varr. r. r. 1, 2, 16) auf die andere Seite — muß ein Bühnenausdruck gewesen sein, der doch wahrscheinlich das eben Gesagte bedeutete und daher rührte, daß der Flötist ursprünglich bei Angabe der Melodie für den Gegengesang und Gegentanz (redantruatio hieß er bei den Saliern) auch selbst auf die andere Seite trat. Mit idem will dann Cicero den Juristen lächerlich machen, der beiden Parteien diente.

daß er selbst etwas weglasse, und diese weggelassenen ceterae res sind eben die vindiciae und der Befehl, sie zu nehmen, indem es Cicero, der einmal das der Jurisprudenz unwürdige Theatralische der Handlung hervorgehoben hatte und weiter hervorheben wollte, nur darauf ankam, die beiden symbolischen Reisen zu erwähnen. Die superstites sind offenbar nicht gewöhnliche bloße Zeugen — diese würden testes heißen — sondern wie das super- anzeigt, solche, welche mit einer gewissen überwachenden Auctorität einem Acte beiwohnen[18]. Daher nach dem, was wir über die Nothwendigkeit bemerkten, daß eine wirklich vom streitigen Grundstück entnommene Scholle herbeigebracht und diese Entnahme dem Prätor materiell, wie wenn er sie selbst mit angesehen, constatiert werden mußte, wir uns unter diesen superstites Lictoren oder andere aus dem Umstande gewählte Zeugen vorstellen müssen, welche jede Partei schon früher vom Prätor zum Holen einer Scholle erbeten hatte, weshalb sie auch sui utrisque (dati) heißen[19]. Demgemäß darf man denn auch PRAESENTIBVS nicht so deuten, daß die superstites bei dem Acte gegenwärtig sein sollen — das liegt schon in dem Begriffe des superstes selbst — sondern daß die vor dem Prätor (jetzt wieder) gegenwärtigen superstites, wie sie früher gleichsam als dessen stellvertretende Augen zur Ausgrabung der Scholle mitgenommen waren, nun zum formellen vindicias sumere (ex agro) mitgenommen werden sollen, welchen juristischen Namen die Scholle oder was es sonst war, nun erst erhält, weil in der Rede des Prätor die Einheit der Entnahme mit dem Vindicationsact hin-

---

[18]) Auch der gewöhnliche Sinn des Worts superstes, der Ueberlebende, mag daher kommen, daß es ursprünglich den grabberechtigten Sohn oder Erben bezeichnete, der bei dem iusta mortuo facere über dem Grabe stand und Aufsicht führte namentlich auch darüber, daß, wie zur vindicia, ein Glied des verbrannten Körpers zurückbehalten und damit die Begräbnißceremonien vorgenommen würden (Fest. ep. v. Membrum abscidi p. 148), und davon, daß dieses oft mit übertriebener Religiosität und Sorgfalt geschah, wird der Ausdruck superstitio seine Bedeutung erhalten haben.

[19]) Hieraus erklärt sich auch das Mißverständniß des Gellius, der das ex iure manum consertum vocare nicht wohl von einem gegenseitigen Hinrufen der Parteien aus der Gerichtsstätte zur fernen Streitsache, worauf auch eine wirkliche Reise dorthin folgte, hätte verstehen können, wenn seine juristischen Auctoren nicht eine solche wirkliche Reise nach Erbittung der superstites von der Gerichtsstätte aus erwähnt hätten.

sichtlich des Objects als eines ihm gegenwärtigen ausgedrückt werden mußte. Nach diesem Verständniß von PRAESENTIBVS erhält auch die Stelle des Festus ihren guten Sinn, ohne daß man hinter superstites mit den Herausgebern praesentes einzuschieben braucht: er will sagen, daß von Rechtswegen superstites nur (vor Gericht) gegenwärtige Zeugen sein können[20].

Die ganze Formel des Prätor entspricht nun aber dem ähnlichen Eingreifen des Prätor mit den Worten mittite ambo hominem nach der beiderseitigen Vindication und dieser Gesichtspunct bestätigt erst recht die vorstehende Auffassung der vocatio und revocatio als eine den Consertionsact selbst schon beginnende und ihn gleichsam nach seinem Anfange dualisierende formale Handlung. Sie trägt danach auch schon den Charakter einer factischen und eigenmächtigen Vindication beider Theile, wie es das Herausheben der Scholle ursprünglich wirklich war, und der Prätor unterwirft sie auch der rechtlichen Macht des Staats, indem er sie in ein vindicias sumere unter Aufsicht der superstites mit imaginärer Hin- und Rückreise verwandeln läßt. Wenigstens die Voraussetzung unserer Auffassung bestätigt aber auch Varro de L. 6, 64 in folgender gegen Ende hin für desperat gehaltenen, aber so zu lesenden Stelle: sic ex iure manum consertum vocare. Hinc adserere manu in libertatem, quom manu prendimus. Sic augures dicunt: Si mihi auctor es (est Cdd.), verbenam (verbi nam Cdd.) manu asserere dicito. Asserito (dicit consortes Cdd.). Hinc etiam sors atque ipsi consortes (sors hinter consortes versetzt Cdd.)[21]. Wir sehen daraus, daß wie bei dem beiderseitigen Consertions- oder Vindicationsact an einer selbst vor den Prätor gebrachten Sache das Handeln jeder Partei für sich adserere manu genannt

[20]) Eben so läßt sich verstehen Serv. ad Aen. 3, 339. Alii dicunt Superat superstes est: sed Superstes praesentem significat: ut Cicero in Muraeniana: Suis utrisque superstitibus i. e. praesentibus, wo man nur das i. e. streichen muß.

[21]) Die Verbesserungen im ersten Theil der Stelle verdanken wir schon Bergk im Philol. XIV. S. 186, der aber als Veranlassung dieser wahrscheinlich nur auch an den Rex gerichteten Aufforderung, aber eines Augur (vielleicht beim Auszuge mit dem Heer, um auf der Scholle stehend in hostico die vaterländischen Götter befragen zu können Varr. de L. L. 5, 33) nicht (zum Hall. Sommerkatal. 1863) die ganz anderartige bei Liv. 1, 24 hätte ansehen sollen.

wurde (wovon bekanntlich die Ausdrücke assertor, assertio in servitutem, in libertatem), so auch das Ansichnehmen einer Scholle vom Grundstück adserere manu hieß — ein Beweis, daß nach der ursprünglichen Vindicationsform das Entnehmen der Scholle wirklich nur ein Theil des manum conserere war.

Unsere Auffassung führt nun aber darauf, daß das ex iure manum consertum vocare nicht blos bei Grundstücken, sondern bei allen abwesenden und nur durch einen Theil vertretenen Sachen Statt finden mußte, und das entspricht auch der Darstellung sowohl des Gellius, der zunächst allgemein von res longinquae und dann, wie es scheint, nur beispielsweise von einem ager (wie Cicero) spricht, als auch des Gaius (4, 16. 17), der nicht bewegliche und unbewegliche, sondern bewegliche Sachen, die selbst vor Gericht gebracht werden konnten, und übrige unterscheidet und bei den letztern nach 4, 17 ohne Zweifel von den Formularen handelte, die uns hier beschäftigt haben. Auch kann man dann daraus, daß nach Gellius die Worte ex iure manum consertum noch zu seiner Zeit, cum lege agitur et vindiciae contenduntur, vor dem Prätor gesprochen zu werden pflegten, nicht schließen, daß in der Kaiserzeit vor den Centumvirn noch andere Processe als über Erbschaften, nehmlich auch solche über Grundeigenthum verhandelt worden wären: eben bei centumviralen Erbschaftsprocessen kamen die Worte stets vor (Gai. 4, 17).

Darüber, ob das ex iure manum consertum vocare nebst übrigem Ritual auch bei der in iure cessio abwesender Sachen Statt gefunden habe, fehlt es uns gänzlich an Zeugnissen. Aus innern Gründen müssen wir aber annehmen, daß zwar stellvertretende Vindicien auch da vor den Prätor gebracht werden mußten, weil sonst ein Vindicieren mit Anfassen der Sache nicht möglich gewesen wäre, und wie es scheint, mußte dann auch zur fictiven Herstellung der Einheit der Vindication an den stellvertretenden Vindicien mit der Entnahme derselben von der vertretenden Sache auch noch etwas gesagt werden. Jedenfalls fiel aber das bestreitende revocare des Gegners nebst dem Folgenden, welches einen wirklichen Proceß voraussetzte, weg, und wahrscheinlich kürzte man auch die doppelte Eigenthumsbehauptung des Vindicierenden dahin ab, daß auch er ohne vocatio nur sagte z. B. fundus Cornelianus . . . hunc ego fundum ex i. Q. meum esse aio, so daß die durch die Uebereinstimmung der Parteien selbst gesicherte

oder vertretene Einheit der Vindicien mit der Sache nur mit dem hunc ausgedrückt wurde.

Mai 1866.

Der Prozeß mit dem Vindex bei der Manus Injectio.

Von

Herrn Professor Dr. Unger in Wien.

Im Fall der Manus Injectio Judicati oder pro Judicato verliert bekanntlich der ergriffene Schuldner das Recht der Selbstvertheidigung: will er die Rechtmäßigkeit der solennen Handanlegung bestreiten, so bleibt ihm nichts übrig, als einen Vindex zu stellen, der seine Sache führen mag. Gaj. IV. 21 .... nec licebat judicato manum sibi depellere et pro se lege agere, sed vindicem dabat qui pro se causam agere solebat: qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur. Dieß ist, soweit es sich um Judicats-Schulden handelt, Recht der XII Tafeln. Gell. N. A. XX. 45: Ni judicatum facit aut quis endo eo in jure vindicit, secum ducito [1]). Bei der zusatzlosen Manus Injectio (pura) dagegen kann der ergriffene Schuldner die Hand des Gläubigers abwehren und in eigener Person den Prozeß führen — ob sub poena dupli oder nicht, mag vorläufig dahingestellt bleiben. Gaj. IV. 23. 24 ... manum sibi depellere et pro se lege agere (licebat): nam et actor in ipsa legis actione non adjiciebat hoc verbum pro judicato, sed nominata causa ex qua agebat, ita dicebat ob eam rem ego tibi manum injicio .....

Wie haben wir uns nun den Prozeß mit dem Vindex zu denken und welche Wirkung übt Führung und Ausgang desselben auf den als Pfand saisirten Reus?

Die herrschende Meinung geht dahin, daß der Vindex in

---

[1]) Ueber diese Lesart vgl. Schöll, legis XII tabularum reliquia (1866) p. 122. 91. 92; vgl. auch Dirksen, Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafelfragmente (1824) S. 243 fg.

das Streitverhältniß eintritt und den Schuldner hiedurch liberirt, der ihm aber natürlich im Fall der Succumbenz (jure nexi) regreßpflichtig ist.

So sagt Zimmern, Der römische Civilprozeß (1829) S. 132: „Der Vindex wird also, nemlich jetzt in jure, um den späteren Ausdruck zu gebrauchen, Litis Dominus und liberirt dadurch den Schuldner von seinem bisherigen Gläubiger".

Huschke, Ueber das Recht des Nexum (1846) S. 95. 96: „Läugnet der Schuldner das Nexum, so konnte der Gläubiger nichts desto weniger zur Manus Injectio gegen ihn schreiten, und es kam nur dann zu einem Prozesse, wenn ein Vindex für ihn auftrat, weil er selbst nicht manum sibi depellere und pro se lege agere durfte. Das Eigenthümliche dieses Prozesses gegen den Vindex war nun aber, daß er auf's Doppelte ging, ein Satz, der eben so auch vom abgeläugneten Aes judicatum galt . . .[2]) Der Grund desselben lag aber wahrscheinlich darin, daß, indem der Schuldner dem Gläubiger eine publicistische und darum gewisse Forderung zweifelhaft machte und durch die dadurch herbeigeführte Litiscontestatio vernichtete, er gleichsam ein Delict beging und der Vindex diese Schadenszufügung durch die Litiscontestatio zu der seinigen machte, so daß er nun auch in seinem Namen verurtheilt werden mußte. Er erwarb aber auch, wenn er für den Hauptschuldner bezahlte, gegen ihn wieder das Rückforderungsrecht Jure Nexi" (S. 241 fg.). S. 52: „So sagt der, ... welcher in die Verpflichtung eines manu injecta ducendus eintrat, vindex sum . . ."

Puchta, Institut. II. (4. Aufl.) S. 95. 96. „Die solenne Manus Injectio war in ihrer ursprünglichen Gestalt nicht die Einleitung zu einem Rechtsstreit mit dem Beklagten, dieser wurde vielmehr dem Kläger sofort überantwortet, der ihn mit sich nehmen und fesseln konnte, wenn sich nicht ein tüchtiger Vindex fand, der

---

[2]) Wenn sich Huschke a. a. O. S. 96. 171 fg. und in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. XIII. S. 272. 275 als Beleg für die Litiscrescenz der abgeläugneten Judicats- und Nexumschuld auch auf Cic. de offic. III. 16. 65 beruft, so hängt dies mit seiner unrichtigen Auffassung dieser Stelle zusammen. Vgl. dagegen insbes. Rudorff, Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. XIV. S. 417 fg. 428 fg. 430 fg. 447 fg. Puchta, Instit. III. §. 272. Derselbe Irrthum findet sich neuerlich wieder bei Lange, röm. Alterth. I. (2. Aufl.) S. 180.

für ihn eintrat, die Klage (sacramento) übernahm und jenen dadurch befreite".

Keller, Civilproz. §. 19: „Wollte der Schuldner die Forderungen noch bestreiten, so konnte er das jetzt nicht mehr in eigener Person, sondern nur durch einen Vindex, der für Prozeß und eventuelle Zahlung einstand und in diesem Sinne seine Defension übernahm . . . ." Doch äußert Keller §. 19 a. E. Bedenken dagegen, daß „das nun beginnende Civilverfahren den Charakter eines ordentlichen Sakramentsprozesses angenommen habe".[3])

Rudorff, röm. Rechtsgesch. II. §. 17 Note 5: „Die Intervention (des Vindex) besteht, je nachdem die Forderung liquid oder illiquid ist, in Zahlung, Bürgschaft oder Bestreitung, im letzteren Fall muß der Vindex in das Streitverhältniß selbst eingetreten sein". Vgl. §. 24.

Bethmann-Hollweg, Der röm. Civilprozeß I. S. 197: „Der Ergriffene, der kein freier Mann mehr ist, soll die Einreden nicht selbst vorbringen, sondern seine Sache nur einem Vindex übertragen können, der im Unterliegungsfall das Doppelte des Judikats als Selbstschuldner zahlen muß".

Jhering, Geist des röm. Rechts, I. (2. Aufl.) S. 153: „Der Schuldner selber wird als Prozeßpartei nicht zugelassen; mit seinem Stellvertreter, dem Vindex, ward dann der Prozeß sofort anhängig gemacht. Dafür, daß letzterer die Exekution des Gläubigers aufgehalten hatte, mußte er im Unterliegungsfalle ganz dasselbe zahlen wie der Schuldner, woraus sich ergibt, daß er in diesem Prozeß die Rolle des Beklagten innehatte".

Diese Darstellung, welche den mitgetheilten Stellen zufolge heutzutage als die herrschende erscheint[4]), vermag gleichwohl nicht bei genauerer Prüfung Stand zu halten.

---

[3]) Beistimmend äußert sich Römer, krit. Uebersch. III. S. 425.

[4]) Ebenso Mommsen, röm. Gesch. I. (4. Aufl.) S. 154: „Vertheidigen durfte der Ergriffene sich selber nicht; ein Dritter konnte zwar für ihn auftreten und diese Gewaltthat als unbefugt bezeichnen (Vindex), worauf dann das Verfahren eingestellt ward; allein diese Vertretung machte den Vertreter persönlich verantwortlich, weßhalb auch für ansäßige Leute nur andere Ansäßige Vertreter sein konnten". Das letztere, nicht selten wiederkehrende Argument scheint mir deshalb irrelevant, weil die Vorschrift der XII Tafeln: Assiduo vindex assiduus esto; proletario, jam cui quis

Es ist ein bekannter Grundsatz des Legisactionenprozesses, daß prozessualische Stellvertretung in der Regel unstatthaft war. Gaj. IV. 82. . . . cum olim, quamdiu quidem legis actiones in usu fuissent, alterius nomine agere non liceret, nisi pro populo et libertatis causa. pr. I. de his per quos 4, 10 . . . . cum olim in usu fuisset, alterius nomine agere non posse. — et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat . . . . Man konnte somit nicht, wie später im Formularprozeß, durch Litiscontestation einen Reus substituiren. Wie soll also im Widerspruch mit dieser Unzulässigkeit des excipere actionem alieno nomine, die Uebernahme des Prozesses durch den Vindex, der Eintritt desselben in das Streitverhältniß möglich gewesen sein? Es bliebe nichts übrig, als etwa eine vorhergehende Delegation des Vindex durch den Schuldner anzunehmen[5]): dann würde dieser aber nicht durch die Prozeßführung des Vindex, sondern durch Expromission befreit und man könnte vom Vindex nicht mehr sagen, daß er, der nunmehr seine eigene Sache führen würde, pro preuso causam ejus agit — ganz abgesehen davon, daß ein Zwang des Gläubigers zu einem solchen Wechsel in der Person des Schuldners weder nachgewiesen noch nachweisbar ist.

Ebensowenig ist an einen Prozeß mit dem Vindex über die Schuld des Ergriffenen zu denken. Möchte man es selbst — was gewiß nicht zuzugeben ist — für möglich halten, daß Gläubiger und Vindex einen Sacramentsprozeß über die exekutorische Schuld des Prensus geführt hätten, so wäre nicht abzusehen, wie einerseits durch diesen Prozeß mit einem Dritten der Ergriffene liberirt worden wäre, noch wie andererseits der Vindex im Unterliegungsfall neben dem Verlust der Succumbenzsumme zur Zahlung der Schuld verpflichtet gewesen wäre, da sich der Sakramentsstreit eben nur um die Existenz oder Nichtexistenz der Schuld des

---

volet vindex esto (Gell. XVI. 10. Cic. Top. 2. 10) für alle Fälle des Eintrittes eines Vindex galt, auch wo es sich unzweifelhaft nicht um eine persönliche Verantwortlichkeit desselben handelte, wie bei dem vindex alienae libertatis.

[5]) Vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 142 Note 3. Die übrigen Schriftsteller übergehen diesen Cardinalpunkt, auf den Alles ankommt, mit absolutem Schweigen und werfen nirgends die Frage auf, wie man sich die Uebernahme der Klage durch den Vindex denken solle?

Dritten gedreht haben würde. Ich vermag mir daher auch nicht klar zu machen, wie die angeblich zur Strafe für die Hemmung der Exekution eintretende Verurtheilung des Vindex prozessualisch vermittelt worden sein soll.

So bleibt denn bei der herrschenden Ansicht das Räthsel der Prozeßführung mit dem Vindex ein ungelöstes.

Um nun zu einer befriedigenden Lösung zu gelangen, ist es von entscheidender Wichtigkeit, den Grund festzuhalten, aus welchem der Ergriffene das Recht der Selbstvertheidigung verloren hatte.

Durch die Manus Injectio Judicati und pro Judicato war der Schuldner vom Gläubiger als Schuldknecht ergriffen worden: dieser behauptete, daß der Reus ihm für die betreffende Schuld verfallen sei und realisirte seine Behauptung durch die Handanlegung. Denn jede civilrechtliche[6]) Manus Injectio, selbst die unfeierliche, geschweige denn die solenne (Legisactio), ist ein Gewaltakt behufs Realisirung eines beanspruchten Rechts an der Person des Ergriffenen: nicht Begründung, sondern handgreifliche Geltendmachung der behaupteten Gewalt über die freie oder unfreie Person[7]). Wenn nun der Prensus die Rechtmäßigkeit der Manus Injectio bestreiten wollte, so wäre er in Einer Person Streitobject und Streitsubject gewesen. Nun ist es aber altrömischer Grundsatz, daß man nicht in Einer Person Object und

[6]) Ueber die strafrechtliche Manus Injectio: Rudorff, R. R. G. II. §. 24 Anm. 1 Nr. 2. Demelius in dieser Zeitschr. I. S. 363 fg.; vgl. jedoch auch Rudorff ebenda III. S. 43 fg.

[7]) Dies gilt namentlich auch für das vertragsmäßige Recht des Veräußerers eines Sklaven zur Manus Injectio und Ductio desselben in einem gewissen Fall. Fragm. Vat. §. 6: Mulier servam ea lege vendidit, ut si redisset in eam civitatem, unde placuit exportari, manus injectio esset. Manente vinculo servitutis si redierit, quae vendidit manum injiciet et ex jure concesso mancipium abducet .... L. 9 D. de serv. export. 18. 7. L. 20. §. 2 D. de manum. 40. 1. L. 7. D. qui sine man. 40. 8. L. 10 §. 1 D. de in jus voc. 2. 4. L. 5. C. si serv. export. 4. 55 . . . : utere jure, quod propterea tibi competit. L. 2. eod.: Si, ut manus injectionem haberes, cavisti tibi: jure tuo uti potes. L. un. §. 4. C. de latin. libert. toll. 7. 6 ...: si pristinus dominus injectionem manus sibi reservaverit . . . . Diese Stellen sind zugleich ein Beleg für die häufig geläugnete Möglichkeit eines dinglichen Rückfalls des Eigenthumsrechts nach röm. Recht und dienen zur Illustration der Ausdrücke: dominium revertitur, redit in L. 3. C. de pact. inter empt. . 4. 54. L. 2. C. de donat. quae sub modo. 8. 55.

Subject des Rechtsstreites sein kann: man kann nicht zugleich Prozeßgegenstand und Prozeßpartei sein. Da man also nicht mit einem Menschen über ihn selbst, sondern nur über ihn mit einem Dritten streiten kann, so war in allen solchen Fällen die Bestellung eines Vindex erforderlich. So konnte bekanntlich bis auf Justinian (Cod. de assert. toll. 7. 17)[8]) der angebliche Sklave den Freiheitsprozeß nicht selbst führen, sondern bedurfte eines Vertreters, der quia cum cuipiam adserat manum educendi ejus gratia ex servitute in libertatem vocetur adsertor (Festus, v. Sertorem — p. 340 ed. Müller)[9]). Ebensowenig war ein Streit über die väterliche oder eheherrliche oder sonstige Gewalt über einen Freien mit diesem selbst, sondern nur mit einem Dritten möglich. Cf. L. 3. §. 3. L. 4. 5. D. de lib. exhib. 43, 30.

Von diesem Gesichtspunkt geht auch Rudorff in seiner trefflichen Abhandlung über die Litiscrescenz (Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. XIV. 9) aus, indem er (S. 317) sagt: „Der Verurtheilte konnte nach den Grundsätzen des ältesten Prozesses sich der Manus Injectio nicht selbst widersetzen, da der Sieger aus dem Judicat ein wolbegründetes Pfändungs- und Retentionsrecht

---

[8]) L. 1 pr. C. 7, 17 . . . si quis vel adhuc serviens liberum se esse dixerit, vel in libertate commorans, ad servitutem vocatus fuerit: assertoris difficultatem in utroque casu cessare, ipsumque per se ad intentionem ejus, qui dominum sese asserit, respondere: et si ex possessione libertatis ad servitutem ducitur, etiam procuratorem dare minime prohiberi, quod his qui ex servitute ad libertatem prosiluerint, penitus interdicimus . . . §. 2. Omnes vero qui pro libertate periclitantur, si quidem possint fidejussorem dare, eum exigi . . . . L. 2. . . . ex nostra lege, quam de assertione tollenda posuimus . . . . . quia assertorum vana nomina rejecta sunt . . . . una tantummodo persona in judicium veniente . . . . Auf die Bedeutung der letzteren Stelle für die Evictionspflicht des Verkäufers eines freien Menschen hat schon Mommsen, Beiträge zum Obl. R. I. §. 13 Note 8, aufmerksam gemacht.

[9]) Festus fügt weiter hinzu, daß eine andere Ableitung (serere = reihen) wahrscheinlicher sei: cum verisimilius sit, dictum, qui sereret quid; ac potius adsertorem a serendo cepisse nomen, cum aliquem serat petendo in libertatem eandem qua ipse sit, id est jungat, quia fruges, cum seruntur, terra jungit . . . . Von diesem serere (reihen, knüpfen) leitet in scharfsinniger Weise Lange, röm. R. A. I. S. 169, unter Beistimmung von Curtius, griech. Etymol. (2. Aufl.) S. 317. 318, das Wort servus ab.

hatte, dessen Object eben der Besiegte war. Er mußte also einen Defensor stellen ...." (Vgl. auch R. R. G. II. §. 24). Allein man kann Rudorff gewiß nicht beistimmen, wenn er weiter behauptet, daß „dieser Defensor als Vindicant der dem Verurtheilten unzweifelhaft verbliebenen Libertas auftreten und auf diesen Grund dem Sieger, wenn er von der Manus Injectio nicht abstehen will, Gewalt zeigen (vim dicere) muß".[10] Denn der Prozeß, den der Vindex mit dem Gläubiger führte, kann unmöglich ein Freiheitsprozeß (libertatis causa) gewesen sein. Der Gläubiger hat den Schuldner als freien Menschen ergriffen und will ihn nicht in die Sklaverei, sondern in die Schuldknechtschaft abführen: er konnte daher die Behauptung des Vindex (hunc ego hominem liberum esse ajo) gar nicht in Abrede stellen und — mochte seine Manus Injectio noch so rechtmäßig gewesen sein — in keinem Fall mittelst einer Contravindicatio den Prensus als Sklaven für sich in Anspruch nehmen (cf. Gaj. III. 189). Der Streit zwischen dem Vindex und dem Gläubiger konnte sich somit nimmermehr um die von beiden Seiten unbestrittene Freiheit des Ergriffenen drehen und man wird auch nicht zugeben können, daß der Vindex die Rolle des Klägers, geschweige denn des Freiheitsklägers gehabt habe, da er vielmehr in jure Einspruch gegen die Abduction des Schuldners erhebt und sich dem Vorgehen des Gläubigers widersetzt (prohibet duci cf. Liv. 6, 15). Vollends aber wüßte ich diese Auffassung Rudorff's nicht mit seiner eben mitgetheilten Darstellung in Einklang zu bringen. Wenn der vom Vindex geführte Prozeß wirklich ein Freiheitsprozeß gewesen wäre, wie könnte man einerseits von einem Eintritt des Vindex in das Streitverhältniß des Schuldners unter Liberirung des letzteren sprechen (Rudorff, R. R. G. II. §. 17 Note 5)

---

[10] Ebenso bemerkt Rudorff zu Puchta, Instit. III. §. 269: „Da jedoch der Gläubiger in der Manus Injectio kein Jus, sondern nur die Corporis Retentio in Anspruch nimmt, dem Schuldner also das Recht der Libertas bleibt, so muß jener, wenn aus diesem (?) ein Vindex auftritt, in die Erörterung des rechtlichen Anspruchs eingehen .... Der Schuldner hat also die Freiheit ... sonst fehlte der Vindication seines Vindex jede (?) rechtliche Grundlage". In der R. R. G. II. §. 17 definirt Rudorff den Vindex geradezu als „den Freiheitskläger eines Verurtheilten, der durch seine Intervention dessen Verhaftung und Abführung als Pfandobject verhinderte".

und wie könnte andererseits der Verlust dieses Prozesses die Verurtheilung des Vindex in das Doppelte der Geldsumme (Rudorff, R. R. G. II. S. 85) zur Folge haben? Es will mir scheinen, als ob bei Rudorff zwei in unversöhntem und wohl auch unversöhnbarem Gegensatze stehende Ideen abwechselnd die Oberhand erhielten.

Der Gegenstand des Rechtsstreits zwischen Gläubiger und Vindex konnte wohl nur das Recht des Ersteren zur Handanlegung (Note 6) und Heimführung des Schuldners (jus ductionis cf. L. 3 §. 1 D. cit. 43, 30) bilden. Denn bestand die executorische Forderung wirklich zu Recht und waren die triginta dies justi unbenützt verstrichen, so war der Gläubiger berechtigt, Hand an den Schuldner zu legen, ihn als Schuldknecht heimzuführen (domum ducere) und in festem Gewahrsam zu halten (jus retinendi, Liv. 2, 24), da ihm nunmehr der Reus mit seinem Leib als Pfand verfallen war und der Gläubiger ein Recht auf und an der Person des hinfort seiner Gewalt unterworfenen Judicatus oder Quasijudicatus hatte.[11]) Allerdings befand sich der Judicatus und wer ihm gleichstand, wie namentlich der Nexus (der Verstrickte), nicht in Mancipio, wie neuerlichst wieder Lange (R. R. A. I. §. 38) annimmt, da der homo liber qui servit seine rechtliche Selbständigkeit nicht verlor: immerhin aber fand

[11]) A. M. Huschke, Recht des Nexum S. 67 fg., der denn auch (S. 70. 71) meint, daß „der Gläubiger ein obrigkeitliches Rechtsmittel, sein jus retinendi am Nexus geltend zu machen, schwerlich hatte . . . Er war darauf beschränkt, wenn der Nexus entfloh, ihn durch Privatgewalt wieder zur Haft zu bringen“. Wie wenig ausreichend und empfehlenswerth ein solcher Schutz gewesen wäre, und wie wenig sich diese Auffassung mit Gaj. III. 189. 199 verträgt, liegt auf der Hand. Auch Rudorff (Puchta, Instit. III. §. 269) nimmt an, daß dem Gläubiger ein Jus über den Judicatus nicht zugestanden habe. Wenn derselbe aber dennoch im Widerspruch mit Huschke behauptet, daß dem Gläubiger im Fall der Widersetzlichkeit gegen die Privatpersonalpfändung nöthigenfalls ein Interdikt zum Schutz der Ductio zu Gebot gestanden habe, indem hier „die Analogie der prohibitorischen Interdicte für die Abduction eines freien oder unfreien Menschen vollkommen paßte“, so ist doch daran zu erinnern, daß diese Interdicte juris tuendi causa gegeben wurden (L. 2. §. 1. 2. D. de interd. 43, 1), daß also der von Rudorff postulirte Interdictenschutz geradezu ein Jus über den Judicatus, eine Gewalt über den Schuldner voraussetzt; cf. L. 3. §. 1. 3. D. cit. 43, 30. Schmidt, Interdictenverf. S. 84 fg. 88. 89.

ein Gewaltverhältniß statt [12]), das man vielleicht (wie auch hinsichtlich des Auctoratus, der seinen Leib durch Verkauf zu eigen gegeben hat) am passendsten als eine Art privatrechtlicher Leibeigenschaft oder Hörigkeit bezeichnen dürfte [13]), welche nur im Lauf der Zeit immer mehr gemildert wurde, und aus der sich der Schuldner durch Befriedigung des Gläubigers ohne weiteres (ohne besonderen Rechtsakt) lösen konnte. Varro, de L.L. VII. 5, 105: Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quadam (?) debebat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus [14]). Plaut. Poenul. V. 6, 24 sq. Cic. pro Flacco c. 20. 21. Cf. L. 2. C. de postlim. 8, 51 [15]). Aus diesem Grunde ist auch ein Diebstahl am Adjudicatus wie am Auctoratus möglich. Gaj. III. 199. Interdum autem liberorum hominum furtum fit velut . . . . sive etiam judicatus vel auctoratus meus subreptus fuerit. Cf. §. 9. I. de obl. quae ex delict. 4, 1 [16]). Man wird daher wohl auch mit Bethmann-Hollweg (röm. Civilproz. I. S. 138) annehmen dürfen, daß eine Vindication solcher Personen möglich war (judicatus vel auctoratus meus, Gaj. cit.), wie denn auch in der That in der schwierigen L. 1. §. 2. D. de R. V. 6, 1 [17]) von der Vindication

---

[12]) Ein solches Gewaltverhältniß nimmt jetzt auch Böcking, Pandekten I. §. 48 c. §. 47 i, an, nachdem er in seiner Abhandlung de mancipii causis (1826) p. 82 sq. 100 sq. noch gegen Gans die Mancipium-Qualität des Adjudicatus und Auctoratus vertheidigt hatte.

[13]) Ueber eine analoge Erscheinung im alten deutschen Recht vgl. Grimm, R. A. S. 613 fg.

[14]) Ueber die Lesart dieser Stelle vgl. Scheurl, Nexum (1839) S. 47 fg. Institut. §. 123. Huschke, Nexum S. 65. 66.

[15]) Ab hostibus redemti, quoad resolvatur pretium, magis in causam pignoris constituti, quam in servilem conditionem esse detrusi videntur, et ideo si nummi eo nomine expensi donatio intercedat, pristinae conditioni eos reddi, manifestum est.

[16]) Ueber diese Stelle vgl. Schrader, Commentar. ad Institut. p. 589. Der L. 38. §. 1. D. de furt. 47, 2 zufolge hatte der Vater des gestohlenen Hauskindes nur die actio furti, nicht die condictio furtiva. Bei ihrer Unbekanntschaft mit der formellen Seite dieser Condictio haben die älteren Schriftsteller verzweifelte Versuche zur Erklärung dieser Stelle gemacht: vgl. z. B. Vinnius, comment. ad Instit. IV. 1. §. 9, dem Heineccius eine nicht minder unhaltbare Erklärung beifügt, welche Glück, Comment. II §. 133. Note 28 billigt.

[17]) Savigny, System, V. §. 207. Note m.

von liberae personae quae sunt juris nostri überhaupt die Rede ist und — conform mit der angeführten Institutionenstelle — für das Justinianische Recht nur mehr liberi in potestate als Beispiel angeführt werden. Durch einen passenden Zusatz (adjecta causa) mußte der Kläger, der einen Menschen vindicirte, die Natur der Gewalt charakterisiren, die er über ihn zu haben behauptete: es mußte klar sein, ob er den vindicirten Menschen in der Eigenschaft eines Sklaven, Hauskindes, Eheweibes, Mündels, Judicatus, Auctoratus als ihm gehörig (eigen, suus) in Anspruch nahm. Ich pflichte daher auch der Ansicht von Puchta (Instit. II. §. 161. Note m) und Bethmann-Hollweg (I. S. 139) bei, wonach die Worte der Vindicationsformel im Sacramentsprozeß: hunc ego hominem ex I. Q. meum esse ajo secundum suam causam eben hierauf, nicht — wie man häufig annimmt[18]) — auf die Causa remota der Eigenthumsklage zu beziehen sind, wogegen, abgesehen von juristischen Gründen, schon sprachliche Gründe entschieden sprechen[19]).

Sind die vorstehenden Ausführungen richtig, so enthält die Manus Injectio in der That eine Vindication des Schuldners in die Schuldgefangenschaft, die Assertion eines Jus über den Judicatus oder Quasijudicatus. Die Manus Injectio ist nicht Begründung, wie Rudorff (zu Puchta, Instit. III. §. 269 Note z) will, sondern Geltendmachung des Pignus an der Person des Schuldners: nicht weil der Gläubiger den Schuldner ergriffen hat, ist ihm dieser zu Pfand eigen, sondern wenn und weil der Judicatus dem Sieger mit seinem Leib verfallen ist, legt dieser mit Fug Hand an ihn und führt ihn heim. Der Prozeß des Gläubigers mit dem Vindex ist hienach ein Vindicationsprozeß: es wird um den ergriffenen Schuldner gestritten, an dem und über den der Gläubiger ein Recht zu haben be-

---

18) So neuerlichst Jhering, Geist des R. R. III. S. 97 fg. Vgl. auch Keller, Civilproz. N. 207.

19) Die causa remota unseres Anspruches, also die Causa unseres Rechts, kann man doch unmöglich die sua causa des vindicirten Gegenstandes nennen: sua causa kann nur die Causa des Objectes selbst, also die Rechtsstellung, der rechtliche Zustand desselben, genannt werden. Wenn also der Kläger hominem secundum suam causam sicut dixit vindicat (Gaj. IV. 16), so kann das nur heißen, daß er diesen Menschen in der angegebenen rechtlichen Qualität für sich in Anspruch nehme.

hauptet, welches der Vindex in Abrede stellt (an manus injectio in eum competat? cf. L. 9. D. cit. 18, 7: an creditor jure suo usus sit, cf. Note 6)[20]). Wir begegnen denn auch hier Erscheinungen, wie sie nur auf dem Boden des Vindicationsprozesses vorkommen und welche bei der herrschenden Ansicht unerklärt bleiben. Wie der Gläubiger, so legt auch der Vindex Hand an den Schuldner (manum injicit), um ihn der Gewalt jenes zu entreißen (cf. Liv. 6, 14). Deßhalb führt dieser Defensor den Namen des Vindex, quod vindicat, quominus is qui prensus est, ab aliquo teneatur (Festus p. 376 M.). Und wenn es in den XII Tafeln heißt: Ni quis endo eo in jure vindicit, so wird durch dieses endo eo vindicit (in eo vim monstrat, Note 1) eben die Person des Schuldners als das Object der beiderseitigen Handgreiflichkeit bezeichnet, wie sonst die Sache (in re, in rem vindicare, Gell. N. A. XX. 10, 7. Gaj. IV. 17). Wahrscheinlich wird bei dieser sacramenti actio die Sakramentssumme (Gaj. IV. 14), da in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest (L. 1. §. 5. D. de his qui effud. 9, 3), nach der Höhe des Betrags, resp. des doppelten Betrags der executorischen Schuldsumme, für die der Gläubiger den Schuldner mit seinem Leib in Anspruch nahm, berechnet worden sein[21]). Die Vindicien wird der Prätor wohl nach seinem Ermessen ertheilt haben (cf. L. 3. §. 6. D. cit. 43, 30).

Die Entscheidung der Frage, ob dem Gläubiger das Recht der Manus Injectio, das Jus Ductionis zustehe, hängt von der Lösung der Frage ab, ob die behauptete executorische Schuld (überhaupt oder noch) zu Recht bestehe. Der Streit zwischen

---

[20]) Da bei dem Nexum der Schuldner sich in vorhinein vertragsmäßig für den Fall der Nichtzahlung der Manus Injectio und Ductio unterworfen hat, so kann man hier (wie in den Fällen der Note 6) recht eigentlich vom Gläubiger sagen, daß er den Schuldner ex jure concesso abducit. Vgl. auch Huschke, Nexum S. 64. Ueber dies jus concessum, resp. über das gesetzliche Abductionsrecht streitet nun eben der Vindex mit dem Gläubiger.

[21]) So wurde ja auch bei der actio furti im Fall der Entwendung eines freien Menschen das id quod interest zu Grunde gelegt, τὸ διαφέρον, wie Theophilus in seiner Paraphrase sagt; cf. §. 1. I. de obl. quae quasi ex delict. 4, 5. Ueber die actio furti des Pfandberechtigten bei Entwendung der verpfändeten Sache: L. 12. §. 2. L. 15, 46. §. 4. L. 87. D. de furt. 47, 2. §. 14. I. cit. 4, 1. Dernburg, Pfandrecht, II. S. 399 fg.

Gläubiger und Vindex wird sich daher um diesen Präjudicialpunkt drehen müssen: der Prozeß wird unmittelbar um die Person des Schuldners, mittelbar um die Existenz der Judicats- oder Quasijudicatsschuld geführt. Daher konnte Gajus (IV. 21) von diesem Vindex sagen, daß er pro debitore lege agebat, pro eo causam agere solebat: die Causa ist eben ea res, ob quam manus injiciebatur, die nominata causa ex qua actor agebat (Gaj. IV. 24). Deßhalb erscheint der Vindex, wie ein prozessualischer Stellvertreter, der die Sache seines Schützlings führt: „der Vindex im Legisactionenprozeß ist gleich dem Sponsor und Adstipulator eine Art von Surrogat für den Prozeßprocurator" (Rudorff in der Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. XIV. S. 439). Boëth. ad Top. 2, 10: Vindex igitur est, qui alterius causam suscipit vindicandam velut quos nunc procuratores vocamus. Der Vindex ist also materiell, nicht formell, Prozeßprocurator: er führt einen eigenen Prozeß im Interesse eines Andern.

Siegte der Vindex, so war hiemit der ergriffene Schuldner von der Leibeigenschaft befreit und seine Wegführung abgewendet. Unterlag dagegen der Vindex, so verlor er für seine Person die Sacramentssumme, der Schuldner aber wurde vom Gläubiger als Schuldknecht heimgeführt (cf. Liv. 2, 27) und konnte sich in den Fällen, in denen lis infitiando crescit in duplum, namentlich also bei der Judicatsschuld (Cicero pro Flacco 21 [22]), Gaj. IV. 9. 171) nur mehr durch die Zahlung des Doppelten lösen, da eben auf sein Läugnen und seine Veranlassung hin der Vindex für ihn eingetreten war (vindicem dabat, Gaj. IV. 21). Ein Gegenstück dazu bildet die Nichtverpflichtung des vom Feind losgekauften und dem Redemtor jure pignoris haftenden Civis (L. 15, 20. §. 2. L. 21 pr. D. de capt. 49, 15. L. 2. 6. 8. 11. 13. 16. 17. C. de postlim. 8, 51) zur Bezahlung der höheren Summe, um die ihn der Redemtor weiter verkauft hatte, da dies eben unabhängig von seinem Willen geschah. L. 19. §. 9 D. de captiv. 49, 15: Si is, qui emat ab hostibus, pluris alii jus pignoris, quod in redemto habet, cesserit: non eam quantitatem, sed priorem redemtus reddere debet; et emtor habet actionem adversus eum, qui vendidit, ex emto.

---

[22]) Ueber diese Stelle vgl. auch Meyer in dieser Zeitschr. II. S. 316 f.

Bei der Manus Injectio pura ist der Ergriffene berechtigt, manum sibi depellere: er bewirkt hiemit, daß er unangetastet in voller Unabhängigkeit verbleibt und den Prozeß über die fragliche Schuld in eigener Person führen kann (pro se lege agere licebat, Gaj. IV. 24). Ob aber stets unter Gefahr des Duplum? Die meisten neueren Schriftsteller nehmen dies an. So Huschke, Nexum S. 141 fg.[23]) Keller, Civilproz. §. 19. Bethmann-Hollweg, Civilpr. I. S. 163. Jhering, Geist des R. R. III. S. 154. Rudorff dagegen (zu Puchta, Instit. III. S. 84 u. R.R.G. II. §. 24) verneint es. Ich trete der letzteren Ansicht bei. Zwischen der Manus Injectio und der poena dupli findet meines Erachtens ein innerer Zusammenhang gar nicht statt. Dies geht, wie ich glaube, schon aus Gajus hervor, der weder bei der Darstellung der Manus Injectio der poena dupli, noch umgekehrt bei dieser jener erwähnt, während er sicher IV. 24 hinzugefügt hätte, daß dem Schuldner nur sub poena dupli pro se lege agere licebat, wenn wirklich das angeblich „Charakteristische des ursprünglichen Verfahrens: die Strafe, die den unterliegenden Vindex traf", beibehalten worden wäre[24]). Auch abgesehen von einer solchen Strafe bot die Manus Injectio pura, wie sie seit jener Lex, in welcher Huschke (Nexum, S. 141. 145) mit bewährtem Scharfblick eine Lex Valeria (a. 412 u. c.) erkannt hat[25]), die Regel bildete (ausgenommen blieb nur noch das Judicat und Depensum[26]), Gaj. IV. 25), hinreichende Vortheile in ähnlicher Weise, wie unser moderner bedingter Mandatsprozeß, mit dem man jene altrömische Prozeßform passend verglichen hat.

---

[23]) Unbefriedigend finde ich die Erklärung Huschke's S. 141, wonach „die Manus Injectio zwar formell executorisch war, aber nicht (?) den Zweck der wirklichen Execution hatte und darum (?) auch die Nothwendigkeit der Stellung eines Vindex nicht mit sich führte". Die weiteren Combinationen Huschke's S. 141 fg. scheinen mir ebenso willkührlich als verkünstelt.

[24]) Auch die Ansicht, daß der Schuldner zur Abwendung der Schuldknechtschaft sofort vor dem Prätor seine Nichtschuld erweisen mußte (Bethmann-Hollweg I. S. 163), kann ich nicht für richtig halten.

[25]) Vgl. Rudorff in der Zeitschr. XIV. S. 318, Note 43, zu Puchta, Instit. II. §. 162, Note 3 und R.R.G. I. §. 19; Bethmann-Hollweg I. S. 164; Lange, R.A. II. S. 36. 531.

[26]) Vgl. über das Depensum die vorzügliche Ausführung von Rudorff in der Zeitschr. XIV. S. 355 fg.

Gegen die Darstellung, wie sie hier gegeben ist, wird ohne Zweifel der gewichtige Einwand erhoben werden, daß doch auch der In Jus Vocatus sich durch Stellung eines Vindex befreien konnte, der für ihn eintrat und die Klage mit allen ihren Folgen auf sich nahm. Denn das ist die Ansicht, die heutigen Tages unbestritten in Gang und Schwang ist. Allein eben dieselben Schriftsteller [27]), welche diesen Satz aufstellen, lehren doch auch ebenso entschieden, daß im Legisactionenprozeß eine prozessualische Stellvertretung in der Regel unzulässig war und führen unter den Ausnahmen von der Regel diesen Fall nicht auf [28]). Letzteres gewiß mit Recht. Denn wäre dem In Jus Vocatus gestattet gewesen, einen Vertreter zu bestellen, so hätte dies sicher auch ohne In Jus Vocatio, also von vornherein und nicht minder für den Kläger zulässig sein müssen [29]). Und hiemit kämen wir eben in vollen Widerspruch mit der bekannten Regel: nemo alieno nomine lege agere potest (L. 123 pr. D. de R. J. Gaj. IV. 82. pr. J. cit. 4, 10) — ganz abgesehen davon, daß eine solche Uebernahme des Anspruchs bei dinglichen Klagen im Legisactionenprozeß vollends undenkbar wäre, da doch der Stellvertreter als Vindicant oder Contravindicant nicht sagen konnte: hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse ajo. Bei dieser Sachlage bleibt wohl, wenn man sich nicht in unlösbare Widersprüche verstricken will, nichts übrig, als das herrschende Dogma von der beliebigen Vertretbarkeit des In Jus Vocatus durch einen Vindex für die Zeit des Legisactionenprozesses aufzugeben. Dafür scheinen nebst dem bisher Ausgeführten noch folgende

---

[27]) Zimmern, Geschichte des röm. Privatr. III. §. 108. Keller, Civilproz. §. 46. Puchta, Instit. II. §. 160. Rudorff, R.R.G. II. §. 63. Bethmann-Hollweg, Civilproz. I. §. 32. Scheuerl, Instit. §. 56. Walter, R.R.G. II. §. 728, mit dem Zusatz: „widrigenfalls (falls der verhaftete In Jus Vocatus keinen Vindex bestellte) wurde natürlich (?) der Streit gegen ihn in der Haft (?) bis zum Ende durchgeführt".

[28]) Keller §. 54. Puchta §. 156. Rudorff §. 26. Bethmann-Hollweg §. 33. Scheuerl §. 68. Nur Zimmern §. 155 bemerkt, daß in die Classe der Vertreter pro libertate (Gaj. IV. 82) „wohl auch der Vindex gehörte, der demjenigen, welchem Manus injicirt worden, zunächst die factische und am Ende auch die juristische Freiheit sichert; es würde sonst noch eine fernere Ausnahme angenommen werden müssen".

[29]) Aehnliche Bedenken erhebt auch Bekker, prozess. Consumtion, S. 169.

Gründe zu sprechen. Es ist gewiß auffallend, daß die XII Tafeln, während sie bei dem ergriffenen Judicatus die beiden Fälle, daß er nicht zahlt oder einen Vindex stellt, unterscheiden (Ni judicatum facit, aut quis endo eo in jure vindicit), in Ansehung des In Jus Vocatus einer solchen Intervention eines Vindex nicht erwähnen. Tab. I. fr. 1: Si in jus vocat ito. Ni it, antestamino [30]): igitur em capito. fr. 2: Si calvitur, pedemve struit, manum endo jacito [31]). Gegen den Versuch, in fr. 1 auf die Bestellung eines Vindex direkt bezügliche Worte (etwa: Si ensiet, qui in jus vocatum vindicit, mittito) einzuschieben, hat man allseits protestirt, meint aber freilich, daß die Gestattung der Stellung eines Vindex zu subintelligiren, als stillschweigend eingeräumt zu betrachten sei [32]). Aber auch gegen eine solche Supposition spricht, wie mir scheint, der Sinn der ganzen Stelle. Wenn der vor Gericht Geladene nicht freiwillig folgt, so soll ihn der Kläger zunächst festnehmen (capere) [33]); erst wenn der so Ergriffene noch Widerstand leistet, oder Fluchtversuche macht, soll die Manus Injectio stattfinden (fr. 2). Diese Manus Injectio ist somit eine Steigerung der Prozedur: da nun auch das Capere manu geschah, so kann die nunmehr gestattete Manus Injectio, die ein Nomen Juris ist, nicht, wie man gewöhnlich annimmt, ein unfeierlicher Gewaltakt, eine simple Wiederholung der schon stattgefundenen Bemächtigung (physische Gewalt), sondern muß vielmehr ein solenner Rechtsakt (civile Gewalt, Legis Actio) gewesen sein [34]), welche den zur

---

30) Ueber die sprachliche Bedeutung von antestari vgl. Ritschl im Rhein. Mus. N. F. VII. S. 574. Lottner in der Zeitschr. f. vgl. Sprachforsch. VII. S. 21. Schöll l. c. p. 32. n. 2.

31) Ueber die Lesart vgl. Dirksen S. 129 fg. Schöll p. 115.

32) Vgl. Dirksen S. 156. 157. Zimmern §. 108, Note 16.

33) Vgl. auch Bethmann-Hollweg S. 106, insbes. Note 6.

34) Auch Puchta, Instit. II. §. 160 und Jhering, Geist des R. R. II. S. 157. 158, sehen diese Manus Injectio für eine technische an. A. M. Keller §. 46. Rudorff, R.R.G. II. S. 209. Bethmann-Hollweg S. 106. Daß der die Gerichtsfolge weigernde Beklagte als geständig oder verurtheilt galt und die gegen ihn stattfindende Manus Injectio die Manus Injectio pro judicato war, dafür spricht auch der Umstand, daß man sogar in der Weigerung, sich auf eine Prozeßwette (sponsio praejudicialis) einzulassen, ein Einbekenntniß der Schuld sah. So fordert Virginius den Dezemvir Appius Claudius zu einer Privatprozeßwette darüber auf, ob

Strafe für seine Weigerung dem Kläger pro damnato [35]) Verfallenen des Rechtes der Selbstvertheidigung beraubte, so daß er sich fortan nur mehr durch Bestellung eines Vindex helfen konnte. Also von jetzt an erst war die Bestellung eines Vindex nicht nur nothwendig, sondern auch erst möglich: wie hätte gegenüber der einfachen wörtlichen Aufforderung zur Gerichtsfolge die Bestellung eines Vindex zulässig sein sollen, der doch einen Gewaltakt voraussetzt, dem gegenüber der Ergriffene rechtlich ohnmächtig ist (Vindex ab eo, quod vindicat, quominus is, qui prensus est, ab aliquo teneatur)? Bei dieser Auslegung, welche den einzelnen Sätzen der ersten Tafel gerecht wird, erklärt es sich auch, daß dieselbe in fr. 4 von der Tauglichkeit des Vindex, wie er eben durch die erfolgte Manus Injectio unvermeidlich geworden war, handeln konnte, während der Uebergang auf den Vindex bei der herrschenden Ansicht doch wohl unvermittelt bleibt. Die Stellen, welche man gewöhnlich für die hier bekämpfte Ansicht anführt, bieten wohl kein unübersteigliches Hinderniß und nöthigen uns nicht zu einem so grellen Widerspruch mit allen andern uns bekannten Ueberlieferungen. Was zunächst die L. 22. §. 1. D. de in jus voc. 2. 4 betrifft (Qui in jus vocatus est, duobus casibus dimittendus est: si quis ejus personam defendet, et si, dum in jus venitur, de re transactum fuerit), so rührt diese allerdings aus Gajus erstem Buch zu den XII Tafeln her, wie wir aus der Inscription entnehmen. Allein wie schon der zweite Dimissionsfall, den Gajus erwähnt, der Bestimmung der XII Tafeln nicht vollkommen congruent ist [36]), so ist auch in An-

---

dieser in dem berüchtigten Prozeß der Virginia die Vindizien contra libertatem gegeben habe und erklärt den peinlich Angeklagten für schuldig, falls er sich weigere, auf jenen Vorschlag einzugehen. Liv. 3, 57: Proinde ut ille iterum ac saepius provocet, sic se iterum ac saepius judicem illi ferre, ni vindicias ab libertate in servitutem dederit. Si ad judicem non eat, pro damnato in vincla duci jubere. Einen anderen Fall erzählt Liv. 3, 24. Vgl. auch Zumpt, Criminalr. der Römer I. S. 294. II. S. 40, dem ich jedoch insoferne nicht beistimme, als er in den erwähnten Fällen stets einen Sacramentsprozeß annimmt, was aber hier nicht weiter auszuführen der Ort ist.

[35]) Ueber die etymologische Bedeutung von damnum und damnare vgl. die interessanten Aufschlüsse von Ritschl im Rhein. Mus. N. F. XVI. S. 304 fg. und Curtius, griech. Etymol. S. 213. 214. 551.

[36]) Vgl. hierüber Dirksen S. 156. Zimmern S. 330.

sehung des ersten Falles zu bedenken, daß Gajus das geltende Recht seiner Zeit, wenn auch im Anschluß an die XII Tafeln darstellt: daß aber zu Gajus Zeit die Bestellung von Prozeßprocuratoren aller Art zulässig war, ist ja außer Zweifel (Gaj. IV. 82 sq.). Aus diesem Grunde ist, wie mir scheint, auch aus Gaj. IV. 46 (adversus eum, qui in jus vocatus neque venerit neque vindicem dederit), kein Argument für die Zeit des Legisactionenprozesses zu holen. Denn Gajus spricht an dieser Stelle von den durch den Prätor zur Sicherung der in Jus Vocatio eingeführten in factum concipirten Strafklagen, also von der Zeit des Formularprozesses, und konnte damals den Ausdruck Vindex ganz unbedenklich in dem Sinn eines wirklichen Stellvertreters im Prozeß gebrauchen (vgl. Boëth. ad Top. 2, 10), durch dessen Verbürgung der Geladene zwar gewaltfrei, gleichwohl aber nicht klagfrei wurde[37]) (cf. L. 2 pr. D. quib. ex caus. 42, 4). Der herrschenden Ansicht zufolge hätte also die Bestellung eines Vindex in der Zeit der Legisactionen, somit zur Zeit der regelmäßigen Unzulässigkeit der Stellvertretung, größere liberirende Wirkung für den Geladenen gehabt, als zur Zeit des Formularprozesses bei regelmäßiger Statthaftigkeit prozessualischer Stellvertretung!

Wien, Dezember 1866.

Bemerkungen zu v. Bethmann-Hollweg's Civilproceß des gemeinen Rechts

von

Paul Krüger.

Es giebt wohl kein beredteres Zeugniß für die Anziehungskraft der Wissenschaft und für die innere Befriedigung, die sie ihren Jüngern gewährt, als wenn Männer, die berufen worden, ihre ganze Kraft den höchsten Aufgaben ihrer Zeit zu widmen, nachdem sie diese zum Wohle ihres Landes und zur eignen Ehre gelöst haben, sich wieder den alten Studien mit Liebe und Hingebung zuwenden und sich nicht scheuen die durch zeitweise Ent-

[37]) Rudorff in dieser Zeitschr. IV. S. 35 fg.

fremdung unvermeidlich herbeigeführten Schwierigkeiten zu überwinden. Unter den neueren Fällen solcher Triumphe der Wissenschaft, wie sie gerade die unsrige in großer Zahl aufzuweisen hat, ist wohl einer der bemerkenswerthesten der Wiedereintritt des Staatsministers a. D. M. A. von Bethmann-Hollweg in die Reihe der juristischen Schriftsteller, sowohl um der Stellung willen, die er früher unter denselben eingenommen, als mit Rücksicht auf das großartige Unternehmen, zu dem in solchem Alter nur wenige den Muth und die Kraft finden werden.

Im Lauf dreier Jahre sind bereits drei Bände seines Civilprocesses des gemeinen Rechts veröffentlicht worden, auch der nächste ist zum Theil schon ausgearbeitet; wir können also die sichere Hoffnung hegen, daß, soviel es an dem Autor liegt, die Arbeit in nicht allzulanger Frist ihrer Vollendung entgegengeht, und gewiß werden sich alle mit mir in dem Wunsche begegnen, daß Gott ihm Lust und Kraft zu dem Beginnen erhalten möge.

Schon im Beginn seiner academischen Thätigkeit hatte sich Bethmann-Hollweg die Aufgabe gestellt den gemeinen Civilproceß aus seinen geschichtlichen Grundlagen zu entwickeln und so die Methode Savigny's, die im Gebiete des Civilrechts bereits einen Umschwung hervorgerufen, auch für jenen fruchtbar zu machen. Nachdem er in der Einleitung zu dem Grundriß für Vorlesungen über den gemeinen Civilproceß (1821) das Programm für die Behandlung dieser Disciplin aufgestellt und in seinen Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses (1827) für einzelne Lehren durchgeführt hatte, trat er in die Bearbeitung des ganzen Systems ein mit der Darstellung der Gerichtsverfassung und des Processes des sinkenden römischen Reichs (1834). Sie ist jetzt mit erweiterter Grundlage wieder aufgenommen, wir dürfen erwarten, daß das vollendete Werk einen Wendepunct für die Litteratur des Civilprocesses bilden wird, um so mehr, als in der Zwischenzeit seitens der Processualisten das gegebene Beispiel nur in wenigen Monographieen Nachahmung gefunden hat [1]).

Uns liegt jetzt nur der erste Abschnitt vor, die Entwickelung

[1]) Auch die Wetzell'sche Arbeit, so gründlich sie immerhin auf die römische und kirchliche Entwickelung eingeht, vermag uns keinen Ueberblick und kein Verständniß für die Eigenthümlichkeiten der einzelnen Elemente zu geben, aus deren Verschmelzung der heutige Proceß sich herausgebildet hat.

des römischen Processes. Was Bethmann-Hollweg für diesen geleistet hat, wird sich am klarsten in der Stellung zu seinem Vorgänger F. L. von Keller kennzeichnen. Ich darf wohl annehmen, daß niemand heutzutage diesem den Ruhm streitig macht zuerst durch Combination des in den neu entdeckten Quellen enthaltenen Materials mit dem bereits bekannten ein klares Bild des Proceßverfahrens in der wichtigsten Periode römischer Rechtsbildung, der letzten Jahrhunderte der Republik und der ersten der Kaiserzeit, gewonnen und in gefälliger Form dargestellt zu haben. Den Grund dazu hatte er schon in den früheren Arbeiten, insbesondere in der Schrift über Litiscontestation und Urtheil (Zürich 1827) gelegt; die Grundzüge des ganzen Systems zeichnete er zunächst in seinem Hefte über den römischen Proceß auf, und erst nachdem er dieses theils ganz umgeworfen, theils im einzelnen ausgefeilt hatte, übergab er 1851 seine Arbeit der Oeffentlichkeit. Klein im Umfang ist doch Keller's Civilproceß eines der reichhaltigsten Bücher für denjenigen, der es zu benutzen versteht. Man würde aber ganz fehl gehen, wenn man Keller's Streben nur darauf gerichtet glaubt uns das Verständniß des römischen Processes wiederzugewinnen; nein, er hatte von Anfang an die Bedeutung desselben für die Entwickelung des materiellen Rechts in's Auge gefaßt, er ging von dem Gedanken aus, daß wie das römische Privatrecht jener Zeit sich in und mit den Formen der Rechtspflege entwickelt hatte, ein eingehendes Verständniß desselben ohne die Kenntniß der letztern nicht zu erreichen sei. So suchte er mit diesem nur die Grundlage für die Darstellung des klassischen römischen Rechts zu gewinnen. Bethätigt hat er dies in allen seinen Arbeiten[2]) und auch im Civilproceß blickt dies Streben aller Enden durch.

Während also Keller um seines principiellen Standpunktes willen es ablehnen mußte, auf die weitere Entwickelung und den Verfall des Prozesses vom Ende des dritten Jahrhunderts an einzugehen, hatte Bethmann-Hollweg in dem früheren Werke Gerichtsverfassung und Proceß des sinkenden römischen Reichs zunächst diesen als Grundlage des heutigen Processes aus dem

[2]) Selbst in den nach seinem Tode herausgegebenen Pandectenvorlesungen finden sich so viele glänzende Ergebnisse dieser Methode, daß wir fast zweifelhaft sein könnten, ob wir uns mehr über diese freuen oder es beklagen sollen, daß auch ihm das Schicksal von Cuiacius bereitet worden.

ziemlich dürftigen Quellenmaterial zusammenzustellen versucht; von dem früheren Verfahren gab er nur eine kurze Skizze. Daß diese Arbeit nicht die verdiente Würdigung gefunden, oder daß sie gar je in Vergessenheit gerathen[3]), ist wohl ein ungerechter Vorwurf; die Romanisten wenigstens haben es gewiß nicht an fleißiger Benutzung derselben fehlen lassen, und daß sich fast niemand daran gemacht hat, hier nachzuarbeiten, das findet wohl seine genügende Erklärung darin, daß die Bearbeitung des früheren Rechtszustandes angenehmere und lohnendere Aufgaben stellte. Den früheren Plan hat Bethmann-Hollweg jetzt als einseitig aufgegeben und auch der älteren Entwickelung des römischen Processes für das Verständniß des heutigen Processes dieselbe Bedeutung zuerkannt. Da ihm aber doch immer der letztere Endzweck geblieben, so sollten wir erwarten, er werde im Gegensatz zu Keller die Rücksicht auf die materielle Rechtsentwickelung zurückdrängen. Dennoch hat sich auch Bethmann-Hollweg für den älteren Proceß auf denselben Standpunkt gestellt wie Keller, ja er geht insofern noch weiter, als er durchgängig diejenigen Civilrechtsmaterien, auf deren Entwickelung die Gestaltung des Processes wesentlichen Einfluß gehabt hat, in den Kreis seiner Darstellung aufnimmt. Systematisch scheint dies nicht richtig; trotzdem werden wir alle Bethmann-Hollweg dankbar sein für diesen Fehler, da wir nicht hoffen dürfen, daß er neben dem jetzigen großen Unternehmen Gelegenheit gefunden haben würde, seine Forschungen nach dieser Seite hin in einer gesonderten Darstellung zu veröffentlichen. Ein wesentlicher Vorzug vor Keller's Civilproceß liegt aber darin, daß Bethmann-Hollweg die Entwickelung der Jurisdictions-Magistrate unter umfassender Benutzung der neusten philologischen Forschungen in eingehender Weise gegeben und einzelne Verhältnisse dargestellt hat, die in jenem mit Unrecht weggeblieben sind (§. 18. 39. 72—77). Aber auch wo Keller in gründlicher und erschöpfender Weise vorgearbeitet hatte, findet sich bei Bethmann-Hollweg überall eine selbständige und vorsichtige Prüfung der gewonnenen Resultate, so daß die Bestätigung derselben in der vorliegenden Arbeit ihnen ein um so größeres Gewicht hinzufügt. Andererseits werden sich aber auch wenige Abschnitte in den ersten beiden Bänden finden,

[3]) Vgl. die Vorrede zum ersten Bande des Civilprocesses.

für welche nicht Bethmann-Hollweg's Darstellung durch Aufstellung neuer Gesichtspuncte zu weiteren Untersuchungen anregte; die ziemlich reiche neuere Litteratur ist fast erschöpfend und überall mit gerechter Würdigung benutzt [4]). Selbst in der Darstellung des Processes der späteren Kaiserzeit ist trotz des Mangels an selbstthätiger Theilnahme seitens der Fachgenossen Bethmann-Hollweg nicht überdrüssig geworden seine eigne Darstellung zu überarbeiten; am eingreifendsten sind hier die Aenderungen in dem Abschnitt von der Gerichtsverfassung.

Fassen wir unser Urtheil über den wissenschaftlichen Werth der Darstellung des römischen Civilprocesses zusammen, so werden wir sagen müssen, daß, wie sein dritter Band wenn nicht die einzige, doch unbestritten die bedeutendste Leistung in ihrem Kreise ist, so auch die Darstellung der früheren Perioden neben Keller's Handbuch an erster Stelle genannt zu werden verdient. Um dieser Bedeutung willen ist es aber geboten die Besprechung derjenigen Lehren, in denen Bethmann-Hollweg fehlgegangen zu sein scheint, nicht hintanzusetzen und damit dem von ihm selbst in der Vorrede zum ersten Bande ausgesprochenen Wunsche nachzukommen (S. IX). Ich habe deshalb einige Materien ausgewählt, deren Auffassung auch für den heutigen Proceß von durchgreifender Bedeutung ist.

Im Gebiete des prätorischen Klagensystems, dessen Einwirkung auf die Entwickelung des materiellen Rechts Keller und Bethmann-Hollweg übereinstimmend zur Geltung bringen, hat zu einem Hauptstreitpunct zwischen beiden die Stellung der actiones fictitiae zu den actiones in factum Anlaß gegeben. Nach Keller (§. 33. 89) sind actiones in factum diejenigen, welche entweder den Condemnationsbefehl lediglich an bestimmte Thatsachen als ihre Voraussetzung knüpfen, mögen sie nun ein neues Rechtsverhältniß schaffen, wie die actio hypothecaria und die actio adversus libertum bei Gai. 4, 46, oder nur die Bedingungen eines bereits vorhandenen erweitern, wie die actio in factum legis Aquiliae. Die letztere Klasse wird ebenso wie die sonstigen

---

[4]) Einige beachtenswerthe Arbeiten sind übersehen, so namentlich die von M. Voigt (Jus naturale et bonum, aequum und ius gentium; über die condictiones ob causam).

durch Umformung der actio civilis anwendbar gemachten Formeln unter dem gemeinsamen Namen utiles actiones begriffen [5]); insoweit ist also actio utilis der weitere Begriff. Bethmann-Hollweg (§. 96) meint hingegen, actio in factum werde nicht bloß von den oben bezeichneten Klagen gesagt, sondern umfasse im weitern Sinne alle prätorischen Klagen [6]). Bei diesem Gegensatz handelt es sich nicht bloß um eine terminologische Streitfrage wie etwa dabei, ob es unrömisch ist die actio incerta auf dare facere oportere mit der demonstratio: Quod A. A. de N. N. incertum stipulatus est eine condictio incerti zu nennen [7]), von ihm hängt insbesondere die Erklärung der indirecten processualischen Consumtion bei actiones in factum ab [8]).

In den Quellen wird unser Gegensatz besprochen von Gaius 4, 45. 46:

> Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus. quales sunt quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium aut nobis dare oportere aut pro fure damnum (decidere oportere: in) quibus iuris civilis intentio est. Ceteras vero in factum conceptas vocamus, in quibus nulla talis intentionis conceptio est, (sed) initio formulae nominato eo quod factum est adiciuntur ea verba, per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur.

Darauf folgen die Beispiele der actio adversus libertum qui patronum contra edictum in ius vocavit, die actiones quae sub titulo de in ius vocando propositae sunt und die actiones

---

[5]) Daß die Bezeichnung utilis actio nur mit Rücksicht auf die formelle Umgestaltung entstanden ist, nicht, wie Bethmann-Hollweg §. 96, 23 will, daraus, daß die Klage dem practischen Bedürfniß dient, scheint mir durch den Wortsinn von utilis festgestellt zu sein.

[6]) Dieselbe Ansicht ist bereits von Savigny, System V S. 82, u. a. aufgestellt.

[7]) Rudorff Rechtsgeschichte II. §. 41 und Bethmann-Hollweg §. 93, 54. 72 gegen Keller §. 88 N. 1099.

[8]) Nur werden wir bei Unterordnung der actiones fictitiae unter die actiones in factum nicht auf die von Keller aufgestellte und von Bethmann-Hollweg §. 103, 28 acceptirte Erklärung zurückgehen dürfen, daß das in der intentio enthaltene Factum durch die Consumtion nicht unwahr werde; vgl. dagegen Krüger, Consumtion §. 5, 19.

depositi und commodati in factum conceptae, also alles Formeln, in denen sich an die factischen Voraussetzungen des Streitverhältnisses ohne jeden inneren Zusammenhang mit denselben die Anweisung an den Richter anschließt auf eine von vornherein bestimmte oder durch Schätzung zu findende Streitsumme zu condemniren. Wie lauten nun aber die actiones fictitiae? Man nehme folgende Beispiele:

> Si, quem hominem A. A. emit isque ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem q. d. a. A. A. ex J. Q. esse oporteret, nisi eum N. N. A. A. arbitratu tuo restituet, N. N. A. A. condemna, si non paret, absolve.
>
> Si N. N. Titio Sempronio heres esset, tum si N. N. A. A. centum dare oporteret, N. N. A. A. centum condemna, s. n. p. a.
>
> Si N. N. capite deminutus non esset, tum si N. N. A. A. centum dare oporteret, N. N. A. A. centum condemna, s. n. p. a.

Vergleicht man diese Formeln mit den von Gaius als Beispiele der actiones in factum aufgestellten, so wird man sofort erkennen, daß sie eine andere Gattung von Klagformeln bilden, indem sie den Richter abgesehen davon, daß er die zu Eingang der Formel angegebene Bedingung als vorhanden annehmen solle, anweisen nach ius civile zu beurtheilen, ob ein rem A. A. esse oder ein dare oportere vorliege. Auf sie kann also unmöglich die von Gaius gegebene Definition der actiones in factum passen. Das erkennt nun auch Bethmann-Hollweg (S. 314) an, macht aber dagegen geltend, Gaius mußte Rücksicht darauf nehmen, daß die fictitiae actiones die intentio iuris civilis aus den directae entlehnten, sowie daß es auch actiones civiles in factum conceptae gab. Darin liegt also, daß die actiones in factum depositi und commodati weder actiones praetoriae noch überhaupt nach Bethmann-Hollweg's Definition actiones in factum seien. Enthielte das nicht einen Widerspruch in sich, so würde schon die Hinweisung auf Gaius Darstellung genügen, der die letztgedachten Formeln ja in obiger Stelle als Beispiele der actiones in factum anführt, sich also durch die Rücksicht auf sie gewiß nicht an präciser Fassung seiner Definition gehindert fühlte. Der andere Grund aber ist nicht nur uns gegenüber eine petitio principii, er muß

sich auch auf eine unrichtige Auffassung der von Gaius in §. 45 gegebenen Definition stützen. Während man diese bisher so verstanden hat, actiones in ius conceptae seien actiones mit intentio iuris civilis, so findet B.-H., daß sie damit zugleich als Civilklagen bezeichnet seien. Gaius sagt dies gewiß nicht, es ist nur ein Rückschluß aus der vorgefaßten Meinung über unsern Gegensatz. Somit ließe sich also diese gegenüber dem §. 46 nur durch die Annahme halten, daß Gaius aus Versehen die actiones fictitiae bei seiner Definition nicht berücksichtigt habe.

Paßt denn nun aber die angeblich richtigere Fassung des §. 45 zu Bethmann-Hollweg's Ansicht, schließt sie die actiones fictitiae aus? Gaius sagt: formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus. Hat der Richter zu untersuchen, ob, wenn die Usucapion abgelaufen wäre, Kläger Eigenthümer ex iure Quiritium sein würde, ob der Beklagte, wenn er Erbe oder nicht capite deminutus wäre, er dem Kläger 100 nach ius civile schuldig sei, so ist die gestellte Frage doch nicht nur theilweise, sondern ganz und gar nach den Grundsätzen des ius civile zu beantworten.

Sagt nun Gaius weiter: quibus intendimus nostrum esse aliquid ex J. Q. aut nobis dare oportere, so finden wir wörtlich dieselben intentiones in unseren actiones fictitiae. Dem tritt B.-H. (S. 311) mit der Bemerkung entgegen, daß in den letzteren der gedachte Formeltheil nicht die intentio sei. Nach ihm enthalten die actiones fictitiae folgende Bestandtheile: 1) die Erwähnung der Thatsache, auf welche die actio utilis sich stützt; 2) die fingirte rechtliche oder thatsächliche Voraussetzung; 3) die hypothetische rechtliche Folgerung daraus, entsprechend der intentio der actio directa; 4) die condemnatio, die durch Vermittlung der beiden hypothetischen Zwischensätze an die im ersten Theil ausgedrückte thatsächliche Bedingung der actio utilis geknüpft wird. Nur diese sei die wirkliche intentio derselben; ob die aus der actio directa entlehnte intentio in diesen Formeln auch intentio genannt worden sei, hält B.-H. für zweifelhaft, jedenfalls habe aber Gaius bei der obigen Definition nicht an sie gedacht. Stimmt diese Angabe mit dem, was uns die Quellen über die intentio sagen? Ich glaube, nicht. Intentio ist nach Gaius 4, 41 ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit, worin er seine Rechtsbehauptung aufstellt (B.-H.

§. 87, 4), also in den actiones civiles: si paret eam rem ex J. Q. A. A. esse, si paret N. N. A. A. centum dare oportere, in den actiones in factum bei Gaius: si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in ius vocatum esse, si paret A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuisse eamque d. m. N. N. redditam non esse, diese freilich nur uneigentlich, indem sie nicht sowohl eine Rechtsbehauptung als vielmehr die Thatsachen enthalten, aus welchen der Kläger das ihm nach dem Edict zustehende Klagrecht herleitet. Worin liegt nun die Rechtsbehauptung bei den actiones fictitiae? Nach B.-H. für die actio Publiciana in den Worten: (Si) quem hominem A. A. emit et is ei traditus est, für die actio fictitia ex lege Rubria in den Worten: Si ex decreto duumviri ... quod eius duumvir ... ex lege Rubria decreverit, Q. Licinius eo nomine q. d. r. a. L. Seio damni infecti repromittere noluit, für die actio furti gegen einen Peregrinen (Gai. 4, 37): Si paret ope consilio Dionis Titio furtum factum esse paterae aureae. Für die actio Publiciana in jene Worte die intentio legen zu wollen, scheint mir auf einer Verkennung des Zweckes derselben zu beruhen. Der Beisatz, daß nur Kauf und Tradition vom Richter als causa für die fingirte Usucapion zugelassen werden sollen, verdankt seine Entstehung nur der allmählichen Entwickelung der Publiciana im Edict; hätte dieses nicht zunächst nur jene anerkannt, so würde der Zusatz ganz überflüssig sein, da mit dem folgenden si anno possedisset ohnehin schon die Berücksichtigung jeder iusta causa gegeben war; er hätte also, nachdem das Edict auch auf die übrigen causae ausgedehnt wurde, weggelassen werden müssen, und daß dies nicht geschehen, hatte ebenso sehr in der Abneigung der Römer die überlieferten Formen ohne Noth zu ändern als darin seinen Grund, daß die Beifügung der jedesmaligen causa die Vortheile des adiecta causa agere der actiones civiles mit sich führte. Also eine Rechtsbehauptung des Klägers liegt gewiß nicht in jenen Worten, sondern nur eine Beschränkung der causae durch den Prätor. Nicht viel anders können wir den Satz in der actio ex l. Rubria wegen nicht geleisteter cautio damni infecti auffassen. Der Kläger leitet aus demselben durchaus keine Forderung her, ihm genügt vollkommen das mit der Fiction geleisteter Caution verknüpfte tum quidquid eum Q. Licinium

ex ea stipulatione L. Seio d. f. oporteret ex f. b.; obige Worte sind eine Restriction der Klage zu Gunsten des Beklagten und nehmen ganz dieselbe Stellung ein, wie z. B. die praescriptio: Ea res agatur, quod A. A. de Lucio Titio incertum stipulatus est, quo nomine N. N. sponsor est; und legt man nur den Nachdruck auf die Worte quod eius is II vir . . . ex lege Rubria decreverit, wie die wohl durchgängig unbestrittene Weigerung des Beklagten zur Caution nothwendig macht, so sagt dieser Zusatz nichts, als daß der Richter auch zusehen solle, ob das der Klage voraufgehende Verfahren in iure den Vorschriften der lex gemäß vor sich gegangen, dann fällt also jeder Unterschied gegenüber der Angabe der causa in der Publiciana. Was endlich die actio furti bei Gaius 4, 37 betrifft, so möchte dieselbe zu folgender actio in factum zu ergänzen sein: Si paret ope consiliove Dionis Hermaei Lucio Titio furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum, si civis Romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret, quanti ea res est, eius duplum Dionem Hermaeum Lucio Titio condemna, s. n. p. a. Wo bleibt nun endlich die intentio in der obigen actio fictitia gegen den capite deminutus, wo in folgenden Formeln:

> Si A. A. N. N. acceptum non tulisset, tum si N. N. A. A. centum dare oporteret, N. N. A. A. centum condemna, s. n. p. a.
>
> Si N. N. eam rem q. d. a. usu non cepisset, tum si eam rem A. A. ex J. Q. esse oporteret, nisi arbitratu tuo restituat rel.

ja überhaupt in der Mehrzahl, um nicht zu sagen, in allen actiones fictitiae? Werden wir nicht nach Bethmann-Hollweg's Ansicht gezwungen, zu sagen, daß wir hier Formeln ohne intentio haben, uns also in Widerspruch zu setzen mit Gai. 4, 44 (B.-H. §. 87, 4)?

Haben wir uns nun überzeugt, daß in der Publiciana die Worte si quem hominem A. A. emit isque ei traditus est nicht die intentio sind, so müssen wir, wenn Gaius 4, 36 deren Bedingungen mit den Worten einführt: nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse et ita, quasi ex iure Quiritium dominus factus

esset, intendit [9]) hoc modo, das intendere doch unbedingt auf das tum si eum hominem eius esse oporteret beziehen. Ebenso setzt das directo intendere in §. 38 als utilis intentio das tum si adrogatum actori dare oporteret voraus [10]).

Bis jetzt haben wir nur Beweise gegen B.-H. in den Quellen gefunden; fragen wir nun, welche Beweise ihm zur Seite stehen, so will ich zunächst auf einen eingehen, den er selbst nicht geltend macht, der aber m. E. der einzig scheinbare ist, nämlich der, daß die actio fictitia ex lege Rubria von Ulpian mehrfach actio in factum genannt wird [11]). Ich habe dies schon früher daraus erklärt, daß hier von actio in factum nur in uneigentlichem Sinn gesprochen wird wegen der vielen Clauseln, welche auf das thatsächliche Verhältniß Bezug nehmen [12]). Wem dies bedenklich erscheint, der sehe nur auf die actiones praescriptis verbis, deren Bezeichnung als actiones in factum gewiß nicht in dem von Gaius in unserm Gegensatz gemeinten Sinn verstanden wird, da sie ja ohne irgend eine Fiction eine intentio auf quidquid dare facere oportet ex fide bona haben und demgemäß auch civiles genannt werden. Und nun die Beweise Bethmann-Hollweg's. Diese sind einmal, daß Gaius 4, 46 hinter den aufgeführten Beispielen von actiones in factum hinzusetzt: et denique innumerabiles eius modi aliae formulae in albo proponuntur; das beziehe sich darauf, daß die prätorischen Klagen überhaupt die Mehrzahl bilden. Ich glaube, Gaius wird die actiones in factum in unserem Sinn mit ebensoviel Recht als innumerabiles hinstellen können, als diese mit Einschluß der fictitiae; überhaupt ist die Zahl der im Edict aufgestellten fictitiae doch jenen gegenüber geradezu verschwindend. Die andere beweisende Stelle ist die von der Consumtion handelnde bei Gaius 4, 107: si . . . in personam actum sit ea formula, quae iuris civilis habet intentionem: . . . si vero vel in rem vel in factum actum fuerit. Ich brauche wohl kaum zu sagen, daß diese Stelle nur dann beweisend wäre, wenn bereits feststände,

---

9) Freilich ist intendit nicht sicher.

10) Uebrigens wird dort für directo intendere . . . zu lesen sein: directo recte intenderetur; das letzte r hat Bluhme gelesen.

11) l. 4 §. 2 l. 15 §. 36. l. 17 §. 3. l. 18 §. 13. 15 de damno infecto l. 4 §. 4 ne vis fiat ei.

12) Proceß. Consumption §. 7, 11.

daß die intentio der actiones fictitiae keine intentio iuris civilis sei; daß Gaius 4, 45. 46 das Gegentheil beweist, haben wir bereits gesehen.

Eingreifender noch als die eben behandelte Lehre ist die Frage nach der Bedeutung der exceptiones im römischen Processe. Bethmann-Hollweg hat sich Savigny angeschlossen, welcher den exceptiones des Formularprocesses die Bestimmung zuweist die Bestreitung der Klage wegen eines selbständigen Rechts des Beklagten geltend zu machen im Gegensatz zu der relativen Verneinung, der Behauptung, daß das Recht des Klägers später untergangen sei, z. B. das Eigenthum durch Usucapion, eine Forderung durch Zahlung oder Acceptilation[13]). Savigny nimmt deshalb auch an, daß nach Wegfall des Formularprocesses die Exceptionen zwar ihre formelle Bedeutung verloren hätten, daß sie aber um jener materiellen Grundlage willen sowohl im Justinianischen als im heutigen Recht festgehalten werden müßten, wenngleich die Grenze zwischen beiden Arten der Vertheidigung nicht zu allen Zeiten dieselbe geblieben. Uebereinstimmend damit sagt Bethmann-Hollweg (S. 388), jener Gegensatz müsse als ein in der Natur der Rechte begründeter für alle Zeiten und Völker anerkannt werden.

Widerspruch gegen diese Auffassung der Exceptionen ist, nachdem sie bereits von Keller stillschweigend verworfen worden[14]), von Bekker und mir erhoben worden[15]). Es wird nicht bestritten, daß der von Savigny entwickelte Gegensatz seine innere Berechtigung habe, nur daß er von den Römern in Gestalt der Exceptionen seine formelle Ausbildung bekommen haben solle, scheint verfehlt, und daß jene logische Nothwendigkeit der Anerkennung desselben eine solche nicht bedingt, wird wohl niemand bestreiten; ich glaube nicht, daß sie sich sonst in irgend einem Proceßsystem wird nachweisen lassen.

Eine Anerkennung der Theorie Savigny's in den Quellen fehlt gänzlich; vielmehr sehen die Juristen in den Exceptionen

---

13) System §. 225. 226.

14) Keller giebt im Civ.-Proc. §. 34 eine sich genau an Gaius Darstellung anschließende Entwickelung; daß er Savigny's Ansicht für unrichtig hält, sagt er ausdrücklich in seinen nachgelassenen Papieren.

15) Bekker Consumtion §. 8, Krüger Consumtion §. 5.

eine rein durch äußerliche Gründe veranlaßte Modification der Formel. So sagt Gaius 4, 116, die exceptiones seien bestimmt den Beklagten zu schützen, und giebt dann Beispiele, in welchen mittelst der exceptio diejenigen Einwände des Beklagten zur Geltung gebracht werden, welche dem Wortlaut der intentio nach vom Richter nicht berücksichtigt werden konnten. Denselben Standpunct nehmen Ulpian in l. 2 pr. und Paulus in l. 22 h. t. ein. Wenn ferner Gaius in l. 3 §. 1 de pecunia constituta das iure praetorio non debere und per exceptionem non debere als gleichbedeutend hinstellt, so werden wir es wohl als nächstliegend ansehen dürfen, daß die exceptiones nur eines jener Mittel waren, durch welche der Prätor die von ihm neu eingeführten mit dem ius civile collirenden Rechtssätze zur Geltung brachte. Dagegen macht Puchta [16]) geltend, daß einerseits auch gegen prätorische Klagen Exceptionen ertheilt wurden, andererseits aber aus Quellen des ius civile Exceptionen entsprangen; hier müsse doch ein innerer, von der äußeren Möglichkeit diesen Einwänden eine directe Wirkung zu geben unabhängiger Grund eingewirkt haben.

Die ersteren Exceptionen finden aber überall ihre Erklärung in der Fassung der intentio, welche nicht vorn herein so formulirt worden, daß sie wie die actiones bonae fidei alle möglichen Exceptionen in sich aufnahm. Daß aber auch die wenigen Exceptionen aus Gesetzen und Senatusconsulten eine andere Veranlassung haben als diejenige, welche ihnen Puchta unterlegt, habe ich an einem andern Orte gezeigt [17]). Bethmann-Hollweg will seine Ansicht auch darauf stützen, daß die dinglichen Rechte,

[16]) Institutionen §. 179 r.

[17]) Consumtion §. 5. Wenn B.-H. §. 99, 48 gegen meine Erklärung, das S. Velleianum hätte nur den leitenden Gedanken ausgesprochen, den Magistraten aber die Durchführung zugewiesen, so daß der Entwickelung des Begriffs der Intercession aus dem Gesetzmotiv durch die Praxis freier Lauf gelassen wurde, geltend macht, der Begriff sei der leitende Gedanke, so muß ich gestehen, daß ich für diese Identität kein Verständniß habe. Wenn ich ferner für die lex Cincia gesagt habe, sie hätte die Ausbildung des Begriffs der verbotenen Schenkung der Prätoren überlassen, so trifft wohl auch hier der Einwand von B.-H. nicht zu, daß das nicht Sache des Prätors, sondern der Jurisprudenz gewesen; einmal stand in jener Zeit die letztere nicht auf einer solchen Stufe, daß diejenigen, welche zur Prätur berufen wurden, der Regel nach als Laien gelten mußten; andererseits war der Prätor das Organ, durch welches die von der Jurisprudenz

welche, ihrer Natur nach verschieden und selbständig, sich gegenseitig beschränken, insbesondere die iura in re gegenüber dem Eigenthum, durch exceptio geltend gemacht wurden. Käme dies im Formularprocesse vor, so würde es nichts beweisen, da der Prätor die intentio der actiones civiles in rem nicht um deswillen so gestaltet hatte, daß sie ipso iure eine Berücksichtigung der entgegenstehenden selbständigen Rechte nicht zuließen, weil ihm dies dem Character der letztern entsprechender schien; er hatte eben nur die intentio der legis actiones beibehalten. Daß aber in diesen der Zweck der exceptio durch die contravindicatio erreicht wurde (B.-H. S. 391), scheint mir unrichtig. Es gab keine legis actio, in der die contravindicatio nicht genau der vindicatio entsprochen hätte, etwa so, daß auf die vindicatio: Hunc fundum ex J. Q. meum esse aio die contravindicatio: Aio mihi ius esse in illo fundo eundi folgen durfte. Will sich der Beklagte auf ein ius in re berufen, so ist für beide Theile nur die betreffende actio confessoria oder negatoria zulässig, eine Cumulation der aus jenem hergeleiteten Defension mit der Bestreitung des Eigenthums des Klägers oder der Behauptung, selbst Eigenthümer zu sein, ist dieser Proceßform fremd. Jene aetio negatoria oder confessoria wird man aber gewiß hinsichtlich der Person des Eigenthümers nicht als eine rei vindicatio auffassen dürfen, wenngleich er auch hier sein Eigenthum zu beweisen hat, denn Ziel und Erfolg beider Klagen ist ein durchaus verschiedener; klagt er mit der actio negatoria gegen denjenigen, der sein Gebäude ohne Recht auf die Mauer des Klägers gestützt hat, Beklagter ist aber zugleich gegenwärtig im Besitz des Grundstücks des Klägers, so wird letzterer mit dieser Klage nimmermehr erreichen, daß ihm der Besitz seines Grundstücks restituirt werde. Wenngleich nun die weitere Entwickelung der aus

ausgehende Rechtsentwickelung, soweit sie über die Grenzen des ius civile hinausging, sich Geltung verschaffen mußte. Gegen meine Entwickelung könnte man noch geltend machen, daß die exceptio legis Cinciae sowohl in factum als in ius concepta vorkomme (Vat. fr. 310), letztere also etwa in der Fassung si non in ea re aliquid contra legem Cinciam factum sit. Die letztere Fassung setzt allerdings voraus, daß bereits feststehe, wie weit das Verbot der lex Cincia greife; aber das paßt ja durchaus auf die Zeit der klassischen Juristen, hier war es also unbedenklich den Richter auf die längst entwickelte Theorie zu verweisen, ganz wie in derselben Zeit die exceptiones in factum meist durch die exceptio doli ersetzt wurden.

collidirenden dinglichen Rechten hergeleiteten Einreden im Formularproceß für die vorliegende Frage seine Bedeutung verliert, so wird es doch nützlich sein mit wenigen Worten auf dieselbe einzugehen, um einem ziemlich allgemeinen Irrthum entgegenzutreten. Daß der Prätor das Princip des älteren Rechts, welches freilich auch heut noch bei manchen Laien als wirksames Mittel gegen Chicane Billigung erfahren wird, nicht festgehalten, sondern auch gegen die rei vindicatio Exceptionen aus dinglichen Rechten zugelassen hat, zeigen die auf Pfandrecht und superficies gegründeten exceptiones in l. 11 §. 2 de pign. (20, 1), l. 10 C. de pign. act. (4, 24), l. 2 C. si pign. convent. (8, 33)[18]). Ob er aber auch für civile iura in re aliena die Cumulation zugelassen habe, wird durch die von B.-H. §. 99, 22 angeführten Stellen (l. 7 pr. usufr. quemadm. l. 16 si servit. vind.) nicht bewiesen, denn in beiden ist nur von einem iure praetorio geschützten ius in re die Rede[19]).

Führen nun alle bisher berührten Puncte keineswegs zu der Ueberzeugung, daß Savigny richtiger als Gaius, Ulpianus und Paulus die Bedeutung der exceptiones erkannt habe, so läßt sich aus dem Wesen der von ihm aufgestellten Unterscheidung zwischen Negation des Klagrechts und Bestreitung durch ein entgegenstehendes Recht das Gegentheil nachweisen, wenn man damit zusammenhält, wie die Römer sich diesem gegenüber verhalten. Daß ein verständlicher und wohlbegründeter Unterschied darin liegt, ob gegen die rei vindicatio Usucapion seitens des Besitzers oder Nießbrauch eingewendet wird, und ob der Beklagte gegen die actio ex contractu Zahlung, Acceptilation oder Compensation einwendet, will ich nicht bestreiten. Wo bleibt aber eine rationelle Grenze zwischen Acceptilation und aufhebendem pactum, zwischen einer wegen mangelhafter Handlungsfähigkeit ungültigen stipulatio und einer wegen dolus des Gläubigers durch exceptio doli entkräfteten? Auch hier müssen wieder die Vertheidiger der Sa-

---

[18]) Nicht hierher gehört die auf bonitarisches Eigenthum sich stützende exc. rei. vend. et trad.; jenes steht dem civilen Eigenthum ebenso gegenüber wie die Behauptung, daß Kläger sein Eigenthum civiliter veräußert habe; die exc. dominii gegenüber der Publiciana aber ist allein durch die Fassung der letzteren nöthig geworden.

[19]) Vgl. die Stellung des interd. uti possid. zur superficies in l. 3 §. 7 Uti poss. und dazu Degenkolb, Platzrecht und Miethe S. 66.

vigny'schen Auffassung den Römern zeigen, was sie eigentlich im Sinne gehabt haben, wenn sie dort ipso iure, hier per exceptionem den Einwand gelten lassen; diese selbst sind bei der Erklärung stehen geblieben, daß das ius civile dem aufhebenden pactum und dem dolus keine Einwirkung auf die Verbindlichkeit beimesse und daß deshalb der Prätor in beiden Fällen gegen die actio ex stipulatione mit einer exceptio zu Hülfe kommen müsse. Auch unsere Gegner geben zu, daß man für beide Fälle die Grenze wohl anders ziehen konnte, daß das aufhebende pactum im heutigen Rechte bei Anerkennung der vollgültigen Verbindlichkeit formloser Verträge der acceptilatio des römischen Rechts gleich stehe. Welches unbewußte innere Moment nun aber die Römer bewogen habe eine abweichende Behandlung eintreten zu lassen, ist für das aufhebende pactum noch nicht gefunden; dagegen wird für die Wirkung des dolus von B.-H. folgende Theorie aufgestellt. Willensfähigkeit des Promittenten gehöre ebenso zum Begriff der Contractschuld, als daß der Schuldner überhaupt promittirt oder daß er nicht gezahlt habe; fehlt eines von diesen constitutiven Elementen des Vertrags, so muß er als nicht vorhanden gelten. Soll dagegen das Schuldverhältniß um einer nicht zu jenen constitutiven Merkmalen gehörigen Thatsache willen ungültig sein, so ist es viel natürlicher dasselbe an sich für existent zu erklären und jene von außen hinzutretende Thatsache nur ausnahmsweise als entkräftend wirken zu lassen und dem Schuldner die Befugniß beizulegen, die in sich begründete Forderung zurückzuweisen, als daß man hier Nullität eintreten lasse. Mir scheint damit nichts erklärt zu sein; was zu den constitutiven Merkmalen eines Rechtsgeschäfts gehöre, ist eine positivrechtliche Frage; würde vom ius civile Abwesenheit des dolus dazu gefordert, so würde der dolus ipso iure das Zustandenkommen der Obligation hindern; da aber erst das prätorische Edict jene Bedingung aufstellte, so konnte dies Requisit nur mittelst exceptio in's Leben treten. Hätte das ius civile weder Mündigkeit des Promittenten verlangt, noch bei Frauen die Bedingung aufgestellt, daß sie nicht sub tutela ständen (Gai. 3, 108), sondern erst der Prätor hätte darauf Rücksicht genommen, so wäre die Klage aus der Stipulation doch nur durch exceptio zu entkräften gewesen.

Ein weiterer Fall, wo wir vergeblich nach einer logischen Begründung des Gegensatzes suchen werden, ist folgender. Die

vor der lex Scribonia geltende usucapio servitutis stand. der actio negatoria des Eigenthümers ipso iure entgegen; die longi temporis possessio mußte durch exceptio geltend gemacht werden. Wie kommen aber gar die Römer dazu dieselben Einreden bald ipso iure bald per exceptionem wirken zu lassen, wie z. B. die deductio rei in iudicium und res iudicata?

Und nun zum Schluß noch Beispiele von Exceptionen, bei denen jeder Gedanke an ein selbständiges, die klägerische Forderung aufhebendes Recht fern liegt, und Wirkung ipso iure, wo die Römer, wenn sie von Savigny's Theorie ausgegangen wären, unbedingt sich für exceptio entscheiden mußten. Als Fälle ersterer Art erweisen sich zunächst alle rein processualischen Einreden, wie die exceptiones procuratoriae, cognitoriae, litis dividuae, rei residuae, praeiudicii; alle diese gründen sich auf factische Verhältnisse, die zum Recht des Klägers in gar keiner innern Beziehung stehen. Daß ferner für die exceptio pacti und doli i. e. S. der Gedanke eines selbständigen Rechts unerfindlich ist, geht aus dem obigen hervor; jene macht die formlose Aufhebung der Obligation, diese die ursprüngliche Unverbindlichkeit derselben geltend. Man vermische nur nicht mit dem Gegensatz zwischen ipso iure und per exceptionem, wie es so häufig geschieht[20]), den zwischen nichtigen und anfechtbaren Verträgen; letztere kommen ebensowohl im Gebiet des ius civile als in dem des prätorischen Rechts vor, und ob jemand die ihm zustehenden Einwendungen geltend machen will oder nicht, hat in beiden Fällen ganz dieselben Wirkungen; nur darin liegt ein Unterschied, daß für die durch exceptio zur Geltung zu bringenden der Verzicht schon in iure dadurch unwiderruflich gemacht werden kann, daß der Beklagte auf Ertheilung der exceptio keinen Antrag stellt. Auch in der exceptio doli gegen stipulatio sine causa (l. 2 §. 3 de doli exc.) vermag ich trotz Bethmann-Hollweg's Widerspruch kein selbständiges Recht zu erkennen, denn die exceptio richtet sich nur gegen den in Geltendmachung jener Stipulation liegenden dolus, während die in l. 1 pr. de cond. sine causa gewährte condictio auf Liberation, die gewiß einer weit jüngeren Zeit angehört, auf einer Linie steht mit der condictio indebiti nach geleisteter Zahlung, die sowohl auf Grund der ipso iure als der

---

[20]) Das steckt auch wieder in Bethmann-Hollweg's Note 36.

per exceptionem wirksamen Einreden gegen die bezahlte Schuld zusteht. Ja, wenn wir uns recht umsehen nach den exceptiones, denen ein selbständiges Recht zu Grunde liegt, so möchten wir nicht leicht andere finden, als die wenigen aus dinglichen Rechten gegen die rei vindicatio zuständigen, die exceptio doli auf Compensation gegründet und allenfalls die exceptiones in l. 1 §. 3. 5 l. 3 §. 2. 5 de lib. exhib. Freilich giebt schon Bethmann-Hollweg zu, daß es auch exceptiones ohne selbständiges Recht gebe, und noch weiter geht Puchta, der die letztern nicht einmal als Regel ansieht, sondern nur häufig jenen innern Grund in den exceptiones erkennen zu müssen glaubt. Haben wir nun aber eine andere mit der Auffassung der Römer im Einklang stehende, ja in den meisten Fällen von ihnen selbst ausgesprochene Erklärung für diese exceptiones gefunden, so ist es doch gewiß verfehlt eine ihnen unbekannte Theorie für dieselben aufzustellen, die doch nur dann einen Werth hätte, wenn sie für alle Fälle sich durchführen ließe. Daß wir aber mit derselben dazu kommen würden den Römern nach der andern Seite hin Inconsequenz zur Last zu legen, daß sie jene nicht in Fällen anwendeten, wo dies nach Ansicht unserer Gegner durchaus geboten war, mögen die folgenden Fälle zeigen.

Die lex Falcidia, als sie dem Erben das Recht gab, den Legataren einen Abzug von den Vermächtnissen zu machen, ließ dies selbständige Recht doch ipso iure wirken[21]). Ich glaube

---

[21]) Es liegt dies schon in den Worten des Gesetzes, wonach die Erblasser nur insoweit berechtigt sein sollen zur Aussetzung von Legaten, dum ita detur legatum, ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant (l. 1 pr. ad l. Falc.) und so sagt auch Gaius in l. 73 §. 5 eod.: quod si excesserit quis dodrantem, pro rata portione per legem ipso iure minuuntur. Demgemäß wird beim legatum per vindicationem dem Erben das Eigenthum an dem betreffenden Theil gelassen l. 49 pr. l. 1 §. 9. l. 26 pr. h. t. Voigt, Condictiones ob causam S. 232 kommt unter Ignorirung der l. 73 und indem er den auf die obigen Worte folgenden Theil des Gesetzes: eis, quibus ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude capere liceto so deutet, als seien die Legatare auch für den 3/4 der Erbschaft überschreitenden Theil der Erbschaft capaces, während doch das ita gerade die eben gegebene Beschränkung wieder aufnimmt, zu dem Resultat, die lex Falcidia sei eine lex imperfecta gewesen. In den entgegenstehenden Ausdrücken der römischen Juristen, welche die Befugniß des Testators gültig mehr zu legiren ausschließen, sieht er daher nur Ungenauigkeit.

nicht, daß irgend einer der Gegner behaupten wird, das sei kein selbständiges Recht in dem Sinne ihrer Theorie [22]). Bethmann-Hollweg scheint dies auch anzuerkennen, hilft sich aber mit der Erklärung, daß die Römer diesen Fall recht unzweckmäßig behandelt hätten (N. 49). Sollte diese Unzweckmäßigkeit darin liegen, daß bei einem Vindicationslegat oder dem Damnationslegat einer res certa der Legatar in der üblen Lage war entweder mit seiner Klage zu warten, bis die Erbschaft vollkommen liquid gestellt war oder aber vorher auf die Gefahr des plus petere hin zu klagen, so will ich gern beistimmen. Hierin hätte aber auch der Abzug per exceptionem nichts geändert, denn wurde die exceptio für richtig befunden, so war der Proceß ebensowohl für immer verloren als bei der pluspetitio [23]); geholfen konnte nur dadurch werden, daß man eine actio in rem incerta und statt der condictio certae rei eine actio ex legato incerta gab. Daß aber in l. 80 §. 1 ad l. Falc. die directe Wirkung der lex Falcidia bei untheilbaren Legaten ausgeschlossen und dem Erben eine exceptio doli gegeben wird; mittelst deren er den Legatar zwingen kann, ihm von dem Geldwerth des Legats den betreffenden Theil zu zahlen, würde nur dann für die Zweckmäßigkeit der exceptio beweisen, wenn das Gesetz bei Legaten von species stets nur Abzug des betreffenden Theils der aestimatio angeordnet hätte. Daß aber die Natur der untheilbaren Rechte über die Vorschrift der lex Falcidia den Sieg davon getragen und eine andere Aushülfe im Wege der Praxis nöthig gemacht hat, darf doch ebensowenig die Zweckmäßigkeit jener als die so vieler anderer Sätze des ius civile, die um derselben willen suspendirt worden, in Frage stellen.

Unsere Gegner sehen in der durch exceptio bewirkten Ungültigkeit der Schenkungen nach der lex Cincia ein selbständiges Recht des Schenkers gegenüber dem des Beschenkten; sie werden also nicht umhin können, auch für die Ungültigkeit der Schenkungen unter Ehegatten derselben Auffassung zu folgen. Daß die beiden Contrahenten nicht Ehegatten sind, wird man auch nicht als eines der constitutiven Merkmale nach Bethmann-Holl-

[22]) Vgl. Wetzell, System §. 17, 5 und über die römische Auffassung z. B. l. 1 C. h. t. l. 3 §. 7 l. 5 §. 5 de leg. praest.

[23]) Ich setze voraus, daß mir niemand entgegenhalten wird, schon 714 ab u. c. hätte man die exceptio doli als exceptio minuendae condemnationis gekannt (Keller, C. Pr. N. 404). Ueber indirecte Abhülfe s. l. 1 §. 6 sq. Si cui plus.

weg's Theorie gelten lassen, ebensowenig wie Abwesenheit des dolus; ja diese Anfechtbarkeit kann ebenso ihre selbständigen Schicksale haben, wie die exceptio pacti, sie kann aufgehoben werden durch den Tod des Schenkers, durch gegenseitige Schenkung, durch Wegfall der Bereicherung (l. 7 §. 1. 2 de donat. inter v. et u.). Dennoch haben die Römer auf alles dies kein Gewicht gelegt, sondern Ungültigkeit ipso iure eintreten lassen (l. 3 §. 10 eod.).

Auf gleicher Linie wie der Gegensatz in der Behandlung der Schenkungen unter Eheleuten und der unter andern Personen steht der zwischen impensae necessariae in res dotales factae und der sonstigen Verwendungen auf fremdes Eigenthum. Daß in beiden Fällen der Begriff eines selbständigen Rechts des Verwenders im Sinne unserer Gegner vorliegt, ist unverkennbar; dennoch kehren sich die Römer nicht im mindesten daran, sondern lassen, während im allgemeinen die impensae nur durch exceptio doli zur Geltung gebracht werden, die obigen impensae necessariae ipso iure die dos mindern (l. 5. 15 de impensis in res dot. f. l. 56 §. 3 de iure dotium). Dieser Klippe glaubt Bethmann-Hollweg (Note 66) damit entgehen zu können, daß er darin nur ausgesprochen findet, es liege dies im Begriff der dos, welche nicht aus dem Vermögen des Mannes, sondern von der Frauen Seite herrührt. Ich kann dies nicht anders verstehen, als daß ipso iure hier in einem andern Sinne gebraucht sein soll als in dem processualischen, muß aber auch zugleich die Möglichkeit einer solchen Erklärung in Abrede stellen, da nicht nur der Gegensatz zu dem sonst für die impensae geltenden Recht den Gegensatz per exceptionem durchaus bedingt, sondern dieser auch von Ulpian in l. 7 §. 1 h. t. noch besonders für die impensae utiles in res dotales factae hervorgehoben wird.

Diese Beispiele werden genügen, um zu zeigen, daß die Römer, wie sie anerkannter Maßen das Gebiet der exceptiones nicht auf die selbständigen, der klägerischen Forderung entgegenstehenden Rechte beschränken, auch nicht einmal dieselben überall in diese Gestalt kleiden. Was bleibt also nun von der Theorie Savigny's übrig, nachdem wir gesehen haben, daß die Römer selbst für unseren Gegensatz eine rein auf den Unterschied der civilen und prätorischen Rechtsformen gegründete Erklärung geben? Müssen wir sie nach dem Gesagten verwerfen, so wird auch die

Frage nach der heutigen Bedeutung der Lehre von den Exceptionen eine andere Beantwortung erhalten müssen, als Savigny sie gegeben hat. Die Festhaltung des Gegensatzes ipso iure und per exceptiones im Justinianischen Recht war wie die Beibehaltung der Unterschiede zwischen civilem und prätorischem Rechte überhaupt ein Anachronismus, der seine Erklärung in dem Mangel sowohl an richtigem Verständniß als in der Fähigkeit, den vorhandenen Stoff dem damaligen Rechtszustande entsprechend umzugestalten, findet. Was die Justinianischen Juristen nicht gethan haben, das wird unsere Aufgabe sein; in der Ausscheidung dessen, was rein auf formellen Gegensätzen beruht, die für uns ihre Bedeutung verloren haben, sind wir auch durch die Reception der Justinianischen Compilation nicht behindert. Würden freilich diese Gegensätze auf Gestaltung des materiellen Rechts Einfluß gewonnen haben, so müßten wir die einzelnen darauf beruhenden Bestimmungen als fortgeltend anerkennen. Als solche werden nun folgende aufgeführt[24]): daß die exceptio hinsichtlich der persönlichen Beziehung activ und passiv einen engern oder weitern Umfang haben kann, daß sie wieder aufgehoben werden kann, daß sie endlich bald das Recht des Klägers ganz aufhebt, bald naturalis obligatio bestehen läßt.

Was nun den ersten und dritten Punct betrifft, so scheint es mir verfehlt zu sein, hierin einen Einfluß unseres formellen Gegensatzes finden zu wollen. Daß das prätorische Recht in einzelnen Fällen für eine per exceptionem aufgehobene Obligation doch noch eine beschränkte rechtliche Wirksamkeit bestehen ließ, ist eine Rechtsentwickelung, die mit der exceptio an sich gar nichts zu thun hat, sondern ihre Erklärung in den einzelnen Rechtsverhältnissen findet, für welche sie anerkannt wurde. Sie beschränkt sich auf der einen Seite nicht auf die Aufhebung per exceptionem, denn auch die ipso iure wirkende processualische Consumtion läßt naturalis obligatio bestehen, andererseits umfaßt sie nur einen beschränkten Kreis von exceptiones, wie sie z. B. für exceptio SC. Velleiani nicht gilt und auf die dilatorischen Einreden ihrem Character nach keine Anwendung finden kann. Die römischen Bestimmungen werden also für diesen Punct ganz unabhängig von der heutigen

---

[24]) Bethmann-Hollweg N. 33 ff., vgl. Savigny, System 5. S. 157, Wetzell, System §. 17, 18 ff.

Bedeutung der exceptiones fortgelten. Wenn ferner der Prätor eine zeitweise oder auf die Person eines der correi oder auf die Person des Contrahenten gegenüber der seines Erben beschränkte Suspension oder Aufhebung einer Obligation zuläßt, so steht dies doch in keinem nothwendigen Zusammenhang mit dem Wesen der exceptio, in deren Gebiet diese Entwickelung vor sich gegangen ist. Dasselbe wäre ja ebensowohl ipso iure verwirklicht worden, wenn dieses etwa der Acceptilation von oder gegenüber einem correus eine auf dessen Person beschränkte Wirkung beigelegt hätte. Und daß die Eigenschaft der exceptio quod metus causa als in rem scripta auch in der actio quod metus causa und in der in integrum restituo wiederkehrt, zeigt doch auch recht klar, daß hier eine von der exceptio ganz unabhängige Ausbildung eines bestimmten Rechtsverhältnisses vorliegt. Dasselbe an den übrigen hierhergehörigen Fällen nachzuweisen, ist wohl überflüssig; es bleibt noch die Eigenthümlichkeit übrig, welche den in Gestalt einer exceptio eingekleideten Einwendungen innewohnen soll, daß sie wieder aufgehoben werden können. Widerlegt ist dies als Eigenthümlichkeit schon durch den obigen Hinweis auf die Ungültigkeit der Schenkungen unter Ehegatten. Nur soviel kann man zugeben, daß, wenn der Prätor die Formalcontracte zwar durch pactum aufheben, dies pactum aber durch ein neues pactum im entgegengesetzten Sinn beseitigen und damit die Obligation wieder in Kraft treten ließ, zu dieser Entwickelung zunächst nur die formelle Gestaltung der Aufhebung durch pactum den Anstoß gegeben haben mag. Daß derselbe aber auch nach Wegfall der exceptiones eine selbständige Bedeutung bewahren kann, das mag man sich an dem Verhältniß des pactum zu heutigen Formalcontracten veranschaulichen; wird z. B. bei einem Wechsel zwischen dem Wechselschuldner und Wechselinhaber ein Vertrag dahin abgeschlossen, daß der Wechsel als solcher keine Kraft verlieren solle, ohne daß der Wechsel vernichtet wird, der Vertrag wird nachher wieder rückgängig gemacht, so kann auch derselbe Wechselinhaber unbehindert die Wechselklage anstellen. Schlimmer steht es mit der Anwendung des in l. 95 §. 2 de solut. ausgesprochenen Grundsatzes, daß, wenn der Fiduciar den Fideicommissar oder die durch exc. SC. Velleiani geschützte Frau den eigentlichen Schuldner beerbt, die exceptiones SC. Treb. und Vell. wegfallen sollen. Das ist eine verkehrte Rücksichtnahme auf die Formel;

dies zeigt sich darin, daß schon Papinian eine Beerbung ex asse voraussetzen muß. Es ist aber auch nur da durchzuführen, wo die Haftung aus der Person des Erblassers und aus eigener Person sich materiell gleichstehen; wo nur Haftung in Höhe des Nachlasses verlangt wird, ist die Auffassung der l. 95 nicht am Platze; sie wird daher am richtigsten für das heutige Recht zu verwerfen sein.

Die Einwirkung der exceptio auf die Vertheilung der Beweislast ist von Savigny (System 5. S. 185) bereits in so treffender Weise begrenzt worden, daß ich hier nicht auf dieselbe einzugehen brauchte, wenn nicht gerade hierin Bethmann-Hollweg eine Formulirung aufgestellt hätte, die mir ein Rückschritt zu sein scheint. In Beurtheilung der einzelnen Fälle nämlich legt er auf die Formelfassung kein Gewicht (§. 99, 62 §. 109 S. 609 ff.), erklärt dies aber S. 611 damit, daß die Formel nicht immer darüber entscheide, was zur Begründung der Klage gehöre und was exceptio sei, weil dies nicht ihre Hauptaufgabe gewesen. Daß nicht alle Exceptionen in der Formel erkennbar hervortreten, wäre dann richtig, wenn dies mit Rücksicht auf die bonae fidei actiones gesagt sein sollte. Aber B.-H. nennt als Beispiele die der actio negatoria entgegenstehende Behauptung des Beklagten, er habe das fragliche ius in re, mit der man gleichsam excipire, und die Clauseln der Interdicte intra hunc annum und quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, die deductio in der Formel des bonorum emptor, die Beschränkung der Condemnation in quantum facere potest. Die Auffassung der actio negatoria als rei vindicatio, wie sie in dem Gesagten gefunden werden muß, scheint mir unhaltbar; daß die übrigen Beispiele keine wahren exceptiones enthalten, darauf hat schon Keller §. 36, 398 ff. hingewiesen; Bedingungen, die von vornherein für das Besitzrecht aufgestellt sind, können ebensowenig exceptiones sein, als die Clauseln der actio hypothecaria: eam pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum neque per actorem stare, quominus ea pecunia solvatur[25]). Auch dagegen muß Verwahrung eingelegt werden, als wäre es auch nur nebenher Aufgabe der Formelfassung gewesen, wie die Be-

[25]) Hier machen alle nach dem Vorgange von Keller noch den Zusatz satisve fiat; daß derselbe nur auf einem Versehen beruht, sollte gar nicht erst gesagt werden (l. 10 de pign. act. l. 6 §. 1 quib. mod. pign.).

weislast zu bestimmen sei. Die Formeln haben einzig und allein den Zweck, für den Richter festzustellen, was er zu untersuchen hat, nicht wie er dabei zu Werke gehen soll.

Unter den Lehren, welche auf der Grenze zwischen materiellem und Proceßrecht liegen, ist der processualischen Consumtion und der res iudicata bei Bethmann-Hollweg eine eingehende Bearbeitung zu Theil geworden. Keller's Auffassung ist wie in meiner Arbeit Bekker gegenüber als Grundlage festgehalten; in einzelnen Puncten aber stimmt er theils Bekker bei, theils hat er neue Wege eingeschlagen; ich werde hier die wesentlicheren Abweichungen von meiner Auffassung durchgehen.

Bethmann-Hollweg (§. 103, 5) macht mir den Vorwurf, daß ich auf eine allgemeine Begründung der processualischen Consumption, des Satzes bis de eadem re ne sit actio verzichte und nur historische und zwar sehr anfechtbare Gründe für dieselbe geltend mache. Letzteres bezieht sich auf meine Annahme, daß der Satz aus den 12 Tafeln stamme. Daß dies fraglich ist, will ich zugeben, ja ich halte es auch jetzt mit Keller nicht für sicher, daß er überhaupt einem Gesetz und nicht vielmehr dem Gewohnheitsrecht seine Entstehung verdanke. Indeß glaube ich nicht, daß ich Anlaß zu dem Mißverständniß gegeben habe, ich verzichte auf allgemeine Begründung des obigen Satzes. Meine Darstellung geht davon aus, daß das Wesen einer richterlichen Entscheidung der Privatstreitigkeiten darauf führen müsse ihr eine endgültige unanfechtbare Wirksamkeit beizulegen. Dieses Gefühl hätten auch die Römer gehabt und ihm Rechnung getragen dadurch, daß sie mit dem Satze bis de eadem re ne sit actio jede neue Verhandlung über dieselbe Sache abschnitten [26]). Daß sie damit anscheinend über das von mir ihnen untergelegte Motiv hinausgriffen, indem sie schon mit der litis contestatio die Einwirkung des Processes auf das Rechtsverhältniß verbanden, das findet seine Erklärung in der Bedeutung derselben; ich kann darüber nur wiederholt auf die Darstellung Keller's verweisen, der mir in der obigen Auffassung der processualischen Consumption voraufgegangen ist [27]). Daß auch die klassischen Juristen sich zu

[26]) Consumtion S. 1. 2.

[27]) Litis-Contestation und Urtheil §. 7. Hallische Litteraturzeitung 1846 Sp. 358 ff.

derselben bekennen, ist unzweideutig in der l. 6 de exc. rei iud. ausgesprochen; wenn Paulus sagt: singulis controversiis singulas actiones sufficere, so kann er damit nicht etwa bloß auf die Rechtskraft des Erkenntnisses hindeuten; es ist damit geradezu die Erklärung des Satzes bis de eadem re ne sit actio versucht. Und ist nicht auch die ganz allmähliche und unmerkliche Erweiterung der indirekten Consumtion zur Lehre von der res iudicata ein schlagender Beweis dafür, daß die Grundidee beider Institute in den Augen der Römer dieselbe gewesen, daß sie aus dieser heraus die ältere unvollkommene Gestaltung fortentwickelten? Ich muß es für verfehlt halten, daß man für die Erklärung der processualischen Consumtion den Gesichtspunct der Mißachtung des Richters und der Chicane gegenüber dem Beklagten in den Vordergrund stellt und so derselben jede materiell rechtliche Basis entzieht, sie vielmehr auf eine Linie stellt mit den poenae temere litigantium.

In einem zweiten Puncte ist der Gegensatz zwischen Bethmann-Hollweg's Auffassung und der meinigen nur scheinbar, in der Frage nämlich, was Gegenstand der Consumtion sei. Ich habe gesagt, der Anspruch des Klägers werde consumirt (Consumtion S. 53), während B.-H. §. 103, 40 jene auf dasselbe Klagrecht eadem actio bezieht. Daß ich aber weder Bekker's eadem res festgehalten, noch Windscheid's Theorie von der actio zur meinigen gemacht habe, geht doch aus meiner Arbeit zur Genüge hervor; vielmehr ist mein „Anspruch" nichts weiter als actio im Sinne Bethmann-Hollweg's, und daß ich das Wort actio vermieden habe, wird dadurch gerechtfertigt sein, daß die Römer selbst gerade in dem Begriff eadem actio von der Identität der Klagformel abgehen, indem sie einerseits nicht um der einmaligen rei vindicatio willen unbedingt die ganz gleichlautende zweite Vindication derselben Sache von demselben Besitzer ausschließen, andererseits aber auch bei verschiedener Klagformel Consumtion eintreten lassen, wie in l. 25 §. 1 de exc. rei iud. l. 14 §. 13 quod metus causa l. 38 §. 1 pro socio l. 1 §. 2 de tutelae und in der condictio certi gemäß l. 9 de r. c.[28]) In der Auffassung der letztern Stellen und der condictio certi stimmt freilich B.-H. nicht mit mir überein; indeß

[28]) Vgl. Krüger Consumtion §. 16.

scheint mir die seinige mit dem Wortlaut der erstern nicht verträglich; auf die condictio certi werde ich unten noch zurückkommen.

In der Erklärung der Consumtion aller, auch der nicht fälligen Leistungen aus derselben Obligation durch Anstellung einer actio incerta hat Bethmann-Hollweg auf eine frühere Meinung zurückgegriffen [29]). Er nimmt keinen Anstoß an der Annahme, daß in der Formel quicquid N. N. A. A. dare facere oportet, eius N. N. A. A. condemna das quicquid dare facere oportet in der intentio eine andere Bedeutung haben solle, als die in dem eius condemna gegebene Wiederholung desselben für die condemnatio, daß mit jenem alle aus der einen Forderung erwachsenden Verpflichtungen eingeklagt werden, in dem andern die Condemnationsanweisung auf das zur Zeit fällige liege. Es genügt dem entgegenzuhalten, daß dies sprachlich unmöglich ist. B.-H. setzt aber auch hier und sonst (§. 103, 62) voraus, daß die Klage vor Eintritt der Bedingung wie die ante diem Consumtion herbeiführe, ein Satz, dem ich ausdrücklich widersprochen habe (Cons. S. 68) und jetzt noch des weitern widerlegen werde. Auf den ersten Blick scheint er ja bewiesen zu sein durch den Wortlaut des §. 33 J. de act.: tempore (plus petitur), veluti si quis ante diem vel condicionem petierit. Aber wie steht es denn im allgemeinen mit der Beweiskraft der Justinianischen Institutionen für das klassische Recht? Zum größten Theil sind sie freilich ganz wie die Digesten Auszüge aus der juristischen Litteratur [30]), den Digesten und dem Codex in der älteren Recension, so daß sie sich von jenen nur durch das Fehlen der Quellenangabe unterscheiden. Häufig ist auch wie in Digesten und Codex der Text umgearbeitet, die Abänderungen durch die späteren Constitutionen sind in der Regel nur referirt; endlich aber finden sich auch selbständige Zusätze der Compilatoren. Wohin sollen wir nun den obigen Satz rechnen? Ich möchte kein Bedenken dagegen haben, daß der Abschnitt von der plus-

[29]) Vgl. Huschke, Gaius S. 180 ff.

[30]) Die benutzten Werke sind außer Gaii institutiones und res cottidianae (c. Imperatoriam §. 6): Ulpiani libri regularum, liber singularis regularum, institutiones, Florentini institutiones, Marciani institutiones, Pomponii liber singularis regularum.

petitio bis zu den Worten: sed haec quidem (§. 33[e]) im ganzen aus einer der klassischen Schriften abgeschrieben ist [31]).

Um also zu beweisen, daß die obigen Worte vel ante condicionem Zusatz der Compilatoren seien, müßten wir feststellen, daß derselbe dem ältern Recht widerspricht. Dieser Beweis läßt sich aber aus unsern Quellen erbringen.

Daß eine Forderung vor ihrer Entstehung nicht durch Klaganstellung consumirt werden kann, liegt auf der Hand; lassen doch die Römer auch die rei vindicatio nicht auf eine später entstandene causa einwirken. Ist es nun gerade der Character der bedingten Obligation gegenüber der sub die eingegangenen, daß die Gewißheit der künftigen Verpflichtung nicht vorliegt, so wird es an sich viel näher liegen, sie in der Zwischenzeit ganz so zu behandeln, als wäre gar kein Vertrag abgeschlossen. Ganz so wird in l. 36 de solut. der analoge Fall behandelt, wo die Größe des Erbtheils wegen eines nasciturus ungewiß ist, der neben demselben aber allein zur Erbschaft berufene die ganze dem Erblasser zustehende Forderung eingeklagt hat; damit soll er nur den inzwischen ihm sicher zustehenden Theil (1/4 oder 1/6) consumiren [32]). Und daß die Römer für bedingte Forderungen dieselbe Anschauung gelten lassen, folgt aus der Zulassung der condictio indebiti, während diese bei Zahlung vor dem dies ausgeschlossen ist [33]). Wir haben aber in den Digesten auch unzweideutige Beweisstellen für unsern Satz. So l. 43 §. 9 de aedil. edicto:

> Si sub condicione homo emptus sit, redhibitoria actio [34]) ante condicionem existentem inutiliter agitur, quia nondum perfecta emptio arbitrio iudicis imperfecta fieri non potest: et ideo etsi ex empto vel vendito vel redhibitoria ante actum fuerit, expleta condicione iterum agi poterit,

Ferner l. 13 §. 5 de pignoribus:

> Si sub condicione debiti nomine obligata sit hypo-

---

[31]) Gai. 4, 53 ist sicher nicht die Quelle.

[32]) Schirmer Erbrecht §. 16, 44 übersieht bei der Erklärung der abweichenden Meinung die Worte: et ex causa hereditaria totum hoc, quod patri meo debitum fuisset, petiissem.

[33]) l. 16. 17 de condict. indeb.

[34]) actio ist mit Mommsen als Glosse zu streichen.

theca, dicendum est ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur: sed si sub condicione debiti condicio venerit, rursus agere poterit, sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub condicione, et agatur ante condicionem hypothecaria, verum quidem est pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est: ideoque arbritrio iudicis cautiones interponendae sunt 'si condicio exstiterit nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit'[35]).

Nicht minder beweisend ist l. 36 de reb. cred.

Pecuniam, quam mihi sine condicione debebas, iussu meo promisisti Attio sub condicione: cum pendente condicione in eo statu sit obligatio tua adversus me, tamquam sub contrariam condicionem eam mihi spospondisti, si pendente condicione petam, an nihil acturus sum? respondit: non dubito, quin mea[36]) pecunia, quam ipse sine condicione stipulatus sum, etiam[37]) si condicio in persona Attii, qui ex mea voluntate eandem pecuniam sub condicione stipulatus est, non extiterit, credita esse permaneat (perinde est enim, ac si nulla stipulatio intervenisset): pendente autem causa condicionis idem petere non possum, quoniam, cum incertum sit, an ex ea stipulatione deberi possit, ante tempus petere videor.

Die bedingte Delegation stellt nach dieser Stelle die ursprüngliche obligatio pura der sub contraria condicione eingegangenen gleich; daraus folgert der Anfragende, daß eine vor Eintritt der Bedingung angestellte Klage aus der letztern nichts consumire. Javolenus erkennt jene Auffassung als richtig an und sagt, der Kläger müsse also, weil er zu einer Zeit klage, wo das Fort-

---

[35]) Die im zweiten Theil der Stelle auferlegte Caution bezweckt nicht etwa den Gläubiger gegen Consumtion der actio hypothecaria zu schützen, sie soll nur die persönliche Verpflichtung des Schuldners begründen das Pfand inzwischen nicht bei Seite zu schaffen; würde er diese Caution nicht leisten, so träte Condemnation ein.

[36]) *scr.* ea *(Mommsen).*

[37]) etiam *del.* (Mommsen).

bestehen seiner Forderung noch unentschieden ist, abgewiesen werden; über die Consumtion spricht er sich nicht aus[38]).

Hierzu kommt auch noch der Fall der l. 1 §. 4 quando dies ususfr.:

> Non solum autem usus fructus ante aditam hereditatem dies non cedit, sed nec actio de usu fructu: idemque et si ex die fuerit legatus usus fructus: denique Scaevola ait agentem ante diem usus fructus nihil facere[39]), quamvis alias qui ante diem agit, male agit.

Beim usus fructus legatus soll wegen seiner Beziehung auf die Person des Vermächtnißnehmers das diem cedere nicht vor Ablauf des Termins eintreten, dies Legat steht also darin dem bedingten Legat vor Eintritt der Bedingung gleich. Daß nun durch die Klage ante diem usus fructus keine Consumtion hervorgerufen wird, ist doch gewiß nur eine Folge dieser Gleichstellung, der Auffassung, daß zu jener Zeit ein Anspruch auf Gewährung des Nießbrauchs nicht existirte; somit beweist diese Stelle also auch für die Behandlung der bedingten Legate.

Daß nun in den Justinianischen Institutionen das Klagen vor Eintritt der Bedingung mit dem ante diem auf gleiche Linie gestellt ist, müssen wir nicht als eine ungeschickte oder nur durch ein Versehen veranlaßte Aenderung des früheren Rechts auffassen; dieselbe entsprach vielmehr durchaus der damaligen Umgestaltung der pluspetitio. Diese war durch die Verordnungen von Zeno und Justinian zu einer poena temere litigantium umgestaltet worden, ihre Folgen sollten den Kläger strafen für ungerechtfertigte Belästigung des Beklagten; jetzt lag also nicht der geringste Grund vor den ante condicionem existentem klagenden anders zu behandeln als den, welcher vor Ablauf des dies die Klage anstellt.

Mit der Voraussetzung, daß auch das petere ante condicionem eine pluspetitio enthalte, fällt nun die Erklärung der

---

[38]) Salkowski Novation §. 16, 23 will aus den Worten ante tempus petere videtur in obiger Beziehung eine Abweichung von der Ansicht des Anfragenden folgern, weil ante tempus petere der technische Ausdruck für pluspetitio tempore sei. Mir ist diese Bezeichnung als technische noch nicht aufgestoßen.

[39]) *scr.* agere *(Mommsen).*

Totalconsumtion bei actiones incertae, wie sie Bethmann-Hollweg versucht hat; der Einwand, welchen er gegen die meinige macht (N. 72), daß in actiones stricti iuris cautiones iudiciales unzulässig sind, daß also meine Erklärung auf die condictio incerti nicht passe, war schon durch die Anführung von l. 71 §. 1 de legatis I widerlegt, wo in einer actio ex testamento auf Prästirung eines Legats der Richter durch cautio auch Fürsorge für zukünftige Eviction trifft[40]).

Zum Schluß möchte ich noch auf eine der Reden Cicero's eingehen, welche Bethmann-Hollweg nach ihrer juristischen Seite hin erklärt hat. Ich wähle von diesen die pro Roscio comoedo nicht nur, weil ich in ihr der Auffassung Bethmann-Hollweg's nicht beitreten kann, sondern um zugleich den Standpunct Keller's, der nur ganz beiläufig einmal (Institutionengrundriß S. 109) angedeutet worden, weiter auszuführen. Zu einer Bearbeitung dieser Rede, wie er sie für den zweiten Band der Semestria

[40]) Salkowski Novation S. 330 legt mir mißverständlich die Meinung in den Mund, es sei 1) ein dare facere oportere auch hinsichtlich der nicht fälligen Leistungen vorhanden, 2) sei der Schuldner verpflichtet gewesen vom Kläger die durch Consumtion der Gesammtobligation erwachsenen Nachtheile durch cautio abzuwenden. Ich habe vielmehr gesagt, daß facere oportere nicht bloß das ursprünglich versprochene facere, sondern auch diejenigen Leistungen begreife, welche erst nachträglich aus der Obligation erwachsen sind, wie z. B. beim Commodat die Ersatzpflicht für nachlässige Aufbewahrung oder ex lege Aquilia, und daß unter dieses facere auch die obige Sicherstellung falle. Wenn er (S. 331) in meiner Auffassung die Erklärung vermißt, warum das dare facere oportere der actio incerta nicht dem dare facere oportere in der Stipulation entspricht, so weiß ich nicht, warum dafür nicht die necessitas iuris genügen soll, welche nur eine die Obligation in ihrer Totalität geltend machende Klage kennt, und die Willkür der Partheien nach dieser Seite hin ausschließt. Salkowki's eigene Erklärung läuft darauf hinaus, daß zwar das dare facere oportere auch die künftigen Leistungen, aber freilich nur als solche umfasse, und daß der Richter nur durch den selbständigen Grundsatz der l. 35 de iudiciis abgehalten werde dem Beklagten diese auf den Tag ihrer Fälligkeit hin aufzuerlegen. Was hindert denn aber den Richter den gegenwärtigen Werth der künftigen Leistungen abzuschätzen? oder wenn man aus l. 35 schließen will, was übrigens unrichtig wäre, daß ein iudicium über künftige Forderungen unzulässig sei, wie sollte das mit Salkowski's Ansicht bestehen, daß das dare facere oportere der intentio auch die zukünftigen Leistungen umfaßt?

versprochen hatte, ist Keller nicht gelangt; indeß ergiebt das Heft, das für die Vorlesungen über diese Rede ausgearbeitet worden, ein klares Bild davon, wie er sich den vorliegenden Fall construirt hat.

Der Proceß zwischen Roscius und Fannius hatte sich aus der Societät beider hinsichtlich eines Sclaven entwickelt, den Fannius in die Societät einwarf, während Roscius die Ausbildung desselben zum Schauspieler übernahm. Nachdem der Sclave bereits als Schauspieler aufgetreten war und die socii durch denselben Gewinn gezogen hatten, wird derselbe von Q. Flavius getödtet. Gegen diesen klagen nun die socii gemeinsam ex lege Aquilia, und zwar so, daß Fannius als cognitor des Roscius auch dessen Anspruch mit dem seinigen geltend macht. Vor Beendigung des Processes vergleicht sich aber Roscius mit Flavius, der ihm für seinen Antheil eine Entschädigung von 100000 HS. zusichert, an deren Stelle dann später ein Landgut gegeben wird. Fannius hatte demnächst gegen Roscius mit der actio pro socio geklagt auf Zahlung der Hälfte obiger Summe, also 50000 HS. Arbiter der actio war C. Piso, der auch den jetzigen Proceß zu entscheiden hat; dieser stellte Roscius anheim zur Abwendung der Condemnation seinen Gegner mit 100000 HS abzufinden gegen das Versprechen der Hälfte dessen, was Fannius für seinen Antheil von Flavius eintreiben werde, und absolvirte nach erfolgter Einigung der Partheien den Roscius. Wie Piso auf die Summe von 100000 HS kam, während bisher nur von 50000 HS, die allein Fannius mit einem Schein von Recht in Anspruch nehmen konnte, die Rede war, wird verschieden erklärt. Cicero's Worte (13, 38) lauten:

> Tu (Piso) enim Q. Roscium pro opera, pro labore, quod cognitor fuisset, quod vadimonia obisset, rogasti, ut Fannio daret HS CCCIↃↃↃ hac condicione, ut si quid ille exegisset a Flavio, partem eius dimidiam Roscio dissolveret.

B.-H. meint, daß Fannius einmal 50000 HS als seinen Antheil am Societätsgewinn und ebensoviel für seine Bemühungen als cognitor erhalten soll. Daß letzteres um der hohen Summe willen unwahrscheinlich ist, darin muß ich Schmidt beistimmen; will man aus obigen Worten überhaupt ableiten, daß Fannius eine derartige Vergütigung erhalten sollte, so hätte Piso

die ganze Summe von 100000 HS dafür bestimmt. Deshalb halte ich Keller's Erklärung der obigen Worte für viel annehmlicher, wonach Piso damit dem Roscius nur vorgehalten habe, daß er bisher allein Vortheil aus dem Processe gezogen, während Fannius allein die Mühe der Eintreibung gehabt habe; um deswillen sei es billig, daß er das von Flavius erhaltene theile und sich dafür von jenem die Hälfte der von Fannius einzutreibenden Summe versprechen lasse; die übrigen 50000 HS bildeten, wie schon Schmidt vermuthet, die Summe der übrigen vielleicht unstreitigen und deshalb nicht weiter berührten Forderung des Fannius aus der Societät, wie sie bei der Auseinandersetzung über das peculium oder sonst liquide gestellt worden. Dadurch würde es sich auch erklären, daß Roscius nach jenem Processe freiwillig 50000 HS an Fannius abtrug. Nach Cicero's Behauptung soll dann Fannius noch vor dem jetzigen Processe vom Flavius gleichfalls 100000 HS bekommen haben.

Die jetzt von Fannius angestellte Klage ist eine condictio certi mit restipulatio tertiae partis auf die übrigen 50000 HS. Das schwierigste Problem für die Erklärung der Rede ist die Lösung der Frage, aus welchem Fundament Fannius die condictio anstelle. Daß von den drei causae, welche Cicero als die einzig möglichen aufstellt, adnumeratio, expensilatio und stipulatio, die ersten beiden nicht vorliegen, darin stimmen B.-H. und Keller überein; ja ich möchte mit Puchta[41]) für wahrscheinlich halten, daß, wenn Fannius sich auf seine adversaria berufen hat, er damit einen ganz anderen Zweck verband, als, wie Cicero den Richter glauben machen will, daraus einen Litteralcontract herzuleiten; es wäre das noch ärger gewesen, als wenn jemand eine actio ex stipulatu auf ein formloses pactum gründen wollte. B.-H. nimmt an, Fannius hätte die condictio darauf gegründet, daß Roscius, wenngleich er die 100000 HS nur für seinen Theil am Sclaven bekommen hätte, er dennoch als socius verpflichtet sei das aus der Societät erworbene in diese einzuwerfen. Enthalte er also seinem socius dessen Antheil vor, so hafte er mit der condictio furti oder mit der condictio sine causa. Dem möchten folgende Erwägungen entgegenstehen. Cicero theilt die Rede in zwei Theile; im ersten will er die juristische Widerlegung

[41]) Rheinisches Museum f. Jurispr. 5 S. 323.

geben, im zweiten nur an das Billigkeitsgefühl des Richters appelliren. In diesem zweiten Theile erst kommt Cicero auf die Darlegung des dem früheren Proceß voraufgegangenen Sachverhalts; daß wir hier das Fundament der Klage suchen dürften, scheint mir um deswillen geradezu unmöglich. Dann aber ist doch an condictio furtiva nach Lage der Sache gar nicht zu denken; wie kann man demjenigen, der über seinen Antheil paciscirt und ohne jede mala fides, ohne jede Verheimlichung das daraus erlangte für sich behalten will, der Unterschlagung zeihen? Aber auch condictio sine causa liegt im vorliegenden Falle ganz fern. Alle Fälle, in denen die condictio sine causa erwähnt wird, weisen darauf hin, daß sie bestimmt ist einen Ersatz der rei vindicatio demjenigen zu bieten, dessen Eigenthum sine causa auf einen dritten übergegangen [42]). Gegen die Annahme einer condictio sine causa muß aber auch noch ein anderes Bedenken Platz greifen; vorausgesetzt nämlich, was B.-H. erst aus seiner Auffassung unseres Processes beweisen will, daß die concurrirende condictio durch die voraufgegangene actio pro socio nicht consumirt war, so würde doch kein Zweifel dagegen vorgelegen haben,

[42]) Vgl. Voigt, Condictiones §. 80, insbes. S. 756. Ueber l. 9 pr. de r. c. vgl. Krüger, Consumtion S. 105 ff. Voigt §. 82 schließt die Concurrenz zwischen condictio und den Contractsklagen aus und bezieht l. 9 auf die Condictiones ob causam datorum (S. 813. 818). Wenn Salkowski, Novation S. 22, sagt, ich drehe mich im Kreise mit dem Argument, daß, wenn die certi condictio in l. 9 die condictio ob causam datorum sein sollte, dies mit der Erklärung Ulpian's, daß jene aus den Contracten selbst zustehe, im Widerspruch stehe, so muß ich bedauern auch jetzt noch von diesem Kreislauf nichts zu merken. Ich weiß eben nicht, wie jemand mit den Worten: certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione kann sagen wollen, die certi condictio stehe zwar nicht aus allen Obligationen, aber doch aus der mit ihnen concurrirenden condictio ob causam datorum zu. Für die Deutung, welche Salkowski §. 1, 37 meinen Folgerungen aus l. 28 §. 4 de iurej. giebt, übernehme ich keine Verantwortung. Ich habe nur als bekannt vorausgesetzt, daß die condictiones ob causam je nach dem Gegenstand der Obligation in Gestalt der condictio certi oder triticaria oder incerti auftreten, sowie daß bei contractus bonae fidei, wie sie Paulus in l. 28 als Beispiele aufführt, die condictiones ob causam fast nie die Gestalt der erstern gehabt haben werden, so daß es geradezu unbegreiflich ist, warum Paulus, wenn er auf sie hinweisen wollte, dazu die Form der condictio certi herausgreift.

daß sie durch den zwischen beiden Partheien erfolgten Vergleich aufgehoben war, daß hinfort nur aus diesem eine Klage angestellt werden konnte; und doch macht dies Cicero nirgends geltend. Wir werden also wohl von diesem Versuch das oben gedachte Problem zu lösen absehen und das Fundament der condictio certi auf einem andern Puncte suchen müssen.

Nach Keller's Ansicht stützt sich Fannius auf das Abkommen, welches durch Vermittelung des Piso in der voraufgegangenen actio pro socio mit Roscius getroffen war, und zwar nimmt er an, daß jenes Abkommen in einer gegenseitigen Stipulation bestanden habe, seitens des Roscius, daß Fannius ihm die Hälfte dessen, was er noch von Flavius für seinen Theil bekommen werde, herauszugeben habe, seitens des Fannius auf 100000 HS, zahlbar in zwei Terminen, deren letzter jetzt abgelaufen war, während die erste Hälfte von Roscius freiwillig abgetragen worden[43]). Wenn sich dagegen B.-H. auf Cicero's Erklärung (§. 13. 14) beruft, daß eine Stipulation nicht vorliege, so scheint mir der Schluß aus derselben, daß Fannius Stipulation gar nicht könne geltend gemacht haben, verfehlt; wer wird heute aus den Negationen einer Partheischrift schließen, daß der Gegner die entgegenstehende Behauptung nicht aufgestellt habe? Daß Roscius nicht bereit war die zweiten 50000 HS aus der Stipulation zu zahlen, ist gewiß natürlich, da ja Fannius ihm jetzt ebensoviel aus seiner repromissio schuldete. Freilich war er stricto iure dazu verpflichtet und hätte nur die Gegenklage anstellen können;

---

[43]) Bethmann-Hollweg nimmt an, jenes Abkommen sei so getroffen, daß nur Fannius die fragliche Hälfte promittirt habe unter der Bedingung, daß ihm Roscius zuvor 100000 HS gezahlt habe. Das wäre doch wohl ein wunderlicher Ausgang des Processes gewesen, in dem Fannius 100000 HS einklagt und damit beim Richter insoweit durchdringt, daß dieser dem Roscius zur Abwendung der Condemnation anheimgiebt sich von Fannius etwas versprechen zu lassen, ohne selbst eine Verpflichtung einzugehen. Und wenn, wie B.-H. selbst sagt, zu erwarten stand, daß Fannius nicht mehr als 100000 HS von Flavius einziehen werde, wie wird da irgend ein Mensch sich 50000 HS versprechen lassen unter der Bedingung vorher dem Promittenten 100000 HS zu zahlen? wer wird gar vor Eintritt der zweiten Bedingung der Stipulation, der Einziehung des Geldes von Flavius 50000 HS an den Promittenten herauszahlen, wenn er nicht geradezu damit einen Act der Liberalität vollziehen will?

aber da es mit den Beweisen für seine Gegenforderung, wie wir aus c. 14—17 sehen, ziemlich schwach stand und nicht zu erwarten war, daß Fannius durch freiwilliges Zugeständniß diesen Vortheil aufgeben werde, so zog es Roscius vor durch Bestreitung seiner Promission den Gegner in dieselbe Verlegenheit wegen des Beweises zu bringen, die ihm dieser für die Gegenklage zu bereiten gedachte. Daß Cicero bei dieser Sachlage ganz kurz über die Stipulation hinweggeht, ist ganz sachgemäß; wer ein Factum bestreitet, verliert darüber nicht viel Worte. Nur ein Bedenken könnte gegen diese Erklärung Keller's geltend gemacht werden, nämlich daß Piso als scriptor testis arbiter der Restipulation des Fannius bezeichnet wird (13, 38); man wird mit Recht fragen, wie sei es denkbar, daß nur die Restipulation, nicht auch die Stipulation seitens des Fannius vor dem arbiter vorgenommen worden, oder wenn man dies zugeben wollte, wie hätte dann Roscius mit irgend einer Aussicht auf Erfolg zu einem so verzweifelten Ausweg Zuflucht nehmen können. Indeß möchte Keller's Erklärung wohl unbedenklich sein, daß Cicero's Worte nicht so strict zu verstehen seien, als wäre Piso beim Abschluß der Stipulation zugegen gewesen, daß vielmehr darin eine etwas übertriebene Schilderung der Vermittlerrolle des Piso liege, der nicht nur die Veranlassung zu den beiden Stipulationen gewesen, sondern sogar den Inhalt derselben festgestellt habe; die Vollziehung derselben aber habe er dem Privatabkommen der Partheien überlassen. Das möchte um so wahrscheinlicher sein, wenn man sich nicht, wie Keller anzunehmen scheint, diese gegenseitigen Stipulationen hinter, sondern vor der Absolution in der actio pro socio liegend denkt. Piso mußte doch wie bei jedem arbitrium zunächst dem Beklagten eine Bedenkzeit dafür, ob er freiwillig sich fügen wolle, bis zum nächsten Termin gewähren, und in dieser Zwischenzeit sei dann das Abkommen zwischen den Partheien zu Stande gekommen, so daß Fannius im Termin zum Erkenntniß ausblieb um damit die Absolution herbeizuführen (c. 9 §. 26). Freilich war es noch immerhin ein bedenkliches Spiel vor Piso, der an der Unwahrheit der Behauptung des Roscius kaum einen Zweifel hegen konnte, so aufzutreten, und darum war es die Hauptaufgabe Cicero's zu zeigen, daß sein Client nur nothgedrungen zu dieser Auskunft gegriffen habe; so wird es klar, weshalb Cicero in der juristischen Widerlegung des

Gegners sich kurz faßt[44]) und desto weitschweifiger in dem zweiten Theile seiner Rede wird, in welchem er der gedachten Aufgabe sich unterzieht.

Die Dictio dotis.

Von

Herrn Dr. Karl Czyhlarz a. o. Professor der Rechte an der Prager Universität.

Die Bestellung der Dos durch dictio hat bekanntlich manche Eigenthümlichkeiten. Obwohl nun dieser Gegenstand namentlich von Hasse[1]) eingehend behandelt worden ist, so ist er doch nicht erschöpft und eine neuerliche Erörterung desselben nicht überflüssig. Dabei wollen wir zunächst die zur Zeit der klassischen Juristen für diese Rechtsform geltenden Grundsätze voranschicken und an selbe dann einige Untersuchungen über das Wesen der dictio knüpfen.

I. Wie uns Ulpian berichtet, konnten nur die Frau, deren Schuldner und ihre väterlichen Ascendenten männlichen Geschlechtes eine dictio dotis mit Rechtswirkung vornehmen[2]). Wenn man mitunter auch eine dictio seitens des Schuldners des Vaters der Frau zulassen will, so widerspricht einer solchen Annahme der westgothische Gaius, der dieselben Personen wie Ulpian anführt und außerdem noch hinzufügt: „hae tantum tres personae .... possunt dictione dotis legitime obligari"[3]). — Ueber die Form der dictio erfahren wir aus dem Breviarium soviel, daß hiebei

---

[44]) Zu Anfang der Rede ist gewiß von der juristischen Erörterung nicht viel verloren gegangen, vielleicht auch nicht einmal die narratio (vgl. Puchta a. a. O. S. 319).

[1]) Güterrecht §. 82 fg. (Seite 291—310). Vgl. auch Galvanus de usufructu c. 15 N°. IV. V. Tigerström: Das röm. Dotalrecht I. §. 13 Seite 111 fg.

[2]) Ulp. fragm. VI. §. 1. 2.

[3]) Gaii epit. II. 9 §. 13.

keine Frage und Antwort wie bei der Stipulation, sondern vielmehr eine bloße Ankündigung der Dos seitens des Bestellers vorkam. Dieser Ankündigung muß der Natur der Sache nach eine Annahme seitens des Mannes gefolgt sein, da diesem ja die Dos wider seinen Willen nicht aufgedrungen werden konnte. Daß der ganze Akt mündlich vorgenommen wurde, ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber schon aus der Bezeichnung dictio dotis, dicere dotem. Ein praktisches Beispiel einer solchen dictio gibt uns Terenz im Andria Act. 5. sc. 4. v. 48. 49, wo Chremes dem Pamfilus in folgender Weise eine Dos bestellt:

Chremes: Dos Pamfile est decem talenta.

Pamfilus: Accipio. —

wozu Donatus bemerkt, daß erst durch das Wort accipio der Akt seine Gültigkeit erlangt habe. Man hat daher nicht unpassend die dictio als umgekehrte Stipulation bezeichnet; denn während bei letzterer die Annahme in der vorangehenden Frage enthalten ist, auf welche das Versprechen folgt, beginnt hier der Akt mit der die Verpflichtung begründenden Zusage.

Auch in den Justinianischen Rechtsquellen findet sich mehrfache Spuren der dictio dotis, obwohl freilich die Compilatoren die Ausdrücke dictio, dicere durch promissio u. a. ersetzt haben. Als so interpolirte Stellen hat man längst die l. l. 25. 44 §. 1. 45 pr. 46 §. 1. 57. 58 §. 1. 59 pr. D. de I. D. (23. 3). l. 125 D. de V. S. (50. 16) erkannt. Die Bestellung der Dos geschieht hier durch eine bei Juristen verschiedener Zeiten und Schulen gleichmäßig wiederkehrende Formel:

Proculus: — — dotis filiae meae tibi erunt aurei centum (l. 125 cit.).

Javolenus: — — quod filius tuus mihi debet, id tibi doti erit (l. 57 cit.).

Julianus: — — quod mihi debes aut fundus Sempronianus doti tibi erit (l. 46 §. 1. l. 44 §. 1 cit.).

Marcellus: — — decem tibi aut Titio doti erunt (l. 59 pr. cit.).

Paulus: — — pro Sticho quem mihi debes decem tibi doti erunt (l. 25 cit.).

Daraus ist mit Evidenz ersichtlich, daß wir es hier mit einem wahren Formalakte zu thun haben. Daß in diesen Stellen nur die Widmung und nicht auch die Annahme derselben hervorge-

hoben wird, erklärt sich einfach daraus, daß der Inhalt der Dos, um dessen Feststellung und Ermittlung es den Juristen zu thun war, nur aus ersterer entnommen werden kann. Kommt doch Aehnliches auch bei der Stipulation vor, indem dort wieder gewöhnlich nur die in dieser Beziehung maßgebende interrogatio angeführt wird (vgl. z. B. l. 20. 48 pr. D. de J. D. [23. 3]).

Eine Dictio dotis konnte nur dem gegenüber vorgenommen werden, dem eine Dos bestellt werden kann, also gegenüber dem Bräutigam bezgl. Ehemann und dem Gewalthaber desselben[4]). Dies geht daraus hervor, daß das Geschäft seiner ganzen Form und Anlage nach nur zur Bestellung einer Dos benutzt werden konnte, — anderen Personen gegenüber daher geradezu sinnlos gewesen wäre. Das Gegentheil kann auch durch die l. 59 pr. D. cit. nicht begründet werden. Denn wenn es hier heißt: decem tibi aut Titio doti erunt, so ist schon nach diesen Worten das Geschäft zwischen der dizirenden Frau und dem Bräutigam abgeschlossen worden. Titius erscheint hier nur in der Stellung eines solutionis causa adjectus, dem der dizirte Betrag ausgezahlt werden kann (— vel Titio dari potest —), der aber nicht berechtigt ist, denselben selbständig einzufordern. Hat nun die Frau dem Titius wirklich gezahlt, so ist es so anzusehen, als wenn sie ihm über besonderes Geheiß des Mannes geleistet hätte. Zur Rechtfertigung seiner Auseinandersetzung beruft sich der Jurist noch darauf, daß die dotis causa vorgenommene promissio direkt mit einem Dritten geschlossen werden kann, so daß dieser daraus allein Gläubiger wird. Könne dies geschehen, so könne doch wohl auch das Mindere Platz greifen, daß bei der dictio auf einen Dritten als solutionis causa adjectus Bezug genommen werde. In dieser Weise ist m. E. die Argumentation des Marcellus aufzufassen, und man darf aus derselben nicht schließen, daß auch die dictio wie die promissio über Geheiß des Mannes allein mit einem Dritten abgeschlossen werden könne. Dies ist bei der promissio möglich, weil bei diesem allgemein anwendbaren Geschäft die materielle causa dem Stipulator gegenüber gar nicht hervortritt und für ihn auch ganz gleichgültig ist, indem sie nur für das rechtliche Verhältniß des Promittenten gegenüber dem Ehemanne maßgebend ist — während bei der dictio die causa,

---

4) l. 25. 57 D. de J. D. (23. 3.)

welche eben in der Dotirung liegt, so zu sagen den ganzen Akt durchdringt [5]).

Es erübrigt nur noch die juristische Wirkung der dictio zu erörtern. In dieser Beziehung muß man unterscheiden:

1) Wurde vom Vater oder von der Frau selbst etwas als Dos dizirt, was ihnen der Bräutigam schuldig ist, so ist ein weiterer Vollzug der Zusage nicht nöthig, indem der Mann gegen die Forderungsklage schon durch die exceptio pacti vollkommen geschützt ist. Diese ist begründet, wenn der Eheabschluß nach der dictio wirklich erfolgt ist [6]); würde aber die Klage noch ante nuptias angestellt, so stünde ihr nach Analogie der l. 7 §. 3 D. de J. D. (23. 3) eine exceptio doli oder in factum entgegen, welche erst dann wegfiele, wenn das Verlöbniß auf Grund dessen die dictio vorgenommen wurde, rückgängig gemacht worden wäre. — Eine besondere Verpflichtung des Vaters oder der Frau, den Mann durch acceptilatio zu liberiren, besteht nicht, indem Ju-

---

[5]) Ich gehe bei der Erklärung der Stelle davon aus, daß nur das „promiserit" im Eingange und das „promisisse" im letzten Satze statt dixerit und dixisse interpolirt ist. Daß die sonstige Erwähnung der promissio in der Stelle echt ist, geht schon daraus hervor, daß hier Marcellus die dictio mit den beiden anderen Bestellungsarten, der datio und promissio in Vergleichung bringt.

[6]) Denn wenn schon die promissio, obwohl bei ihr „non est necessaria dotis adjectio" die Bedingung „si nuptiae fuerint secutae" stillschweigend in sich schließt (l. 23. 21 D. de J. D. [23. 3]), so muß das sicher um so mehr bei der dictio der Fall gewesen sein, bei welcher, wie oben gezeigt wurde, die üblichen Formeln stets die causa dotis enthalten. — Eine besondere Betrachtung verdient die l. 25 D. de J. D. (23. 3), welche auch von Römer: Leistung an Zahlungsstatt Seite 20 Note 4 nicht genügend erklärt ist. Die Frau bestellt hier eine Dos, indem sie sagt: pro Sticho quem mihi debes, decem tibi doti erunt. Der Gedankengang der sich daran anschließenden Erörterung des Paulus ist im Wesen folgender: Die Frau will hier eine dos pecuniaria haben. Diese kann sie zunächst dadurch bekommen, daß sie die 10 dem Manne wirklich gibt. Da es aber auch sonst feststeht, daß eine Sache statt einer anderen geleistet werden könne, so kann sie eine solche Dos auch dadurch bekommen, daß der Mann ein anderes Vermögensobjekt für diesen Betrag annimmt, — also auch dadurch, daß sie dem Manne dafür die oben erwähnte Schuld erläßt. Diese Argumentation unterstützt Paulus noch durch den Hinweis auf die permutatio dotis, indem hiedurch und zwar speziell für das Dotalrecht bewiesen wird, daß etwas als Dos erscheinen kann, was als solche nicht gegeben wurde.

lianus in der l. 44 §. 1 cit., wo er diesen Fall eingehend erörtert, ausdrücklich sagt: — — non obligabitur, sed efficit u. s. w. — Die Analogie des Liberationslegates, auf welche man sich zur Begründung einer solchen Verpflichtung berufen könnte [7]), wäre hier nicht zutreffend. Die Annahme einer solchen positiven Liberationsverbindlichkeit hat nemlich dort ihren Grund in der Damnationsform, durch welche dieses Legat ordnungsgemäß angeordnet wurde, durch welche dem Erben die liberatio aufgetragen wurde. —

2) Haben dagegen der Vater oder die Frau sonst etwas von ihrem Vermögen als Dos dizirt, so tritt auch hier die dictio erst mit Abschluß der Ehe in Wirksamkeit. Ein unmittelbarer Uebergang des Eigenthums der als Dos dizirten Objekte fand jedenfalls nicht statt; — es bleibt daher nur eine Verbindlichkeit zum Vollzuge der in der dictio enthaltenen Widmung — somit eine obligatio übrig [8]). Daß diese auch durch eine Klage geltend gemacht werden konnte, wird durch die l. 125 D. und die l. 46 §. 1 D. citt. [9]) bestätiget. — Ging die dictio vom Schuldner der Frau aus, so wurde dadurch eine Delegation begründet, welche aber auch erst mit Abschluß der Ehe eintrat. Die Spur einer solchen hat Hasse in der l. 31 §. 1 D. de novat. (46. 2) gefunden; ich zähle hierher auch die l. 46 §. 2 D. de J. D. (23. 3):

Pater etiamsi falsa existimatione se filio suo debitorem esse, dotem promisisset (dixisset) obligabitur.

Bei bloßer promissio verstand sich die Verpflichtung dessen,

[7]) l. 3 §. 3 D. de liberat. leg. (34. 3).

[8]) Gaii epit. II. 9 §. 13 — possunt dictione dotis legitime obligari. L. 125 D. de V. S. (50. 16). Vgl. Hasse a. a. O. St. 292.

[9]) Wenn wir nicht in Betreff der Klage aus der dictio dotis Besonderheiten annehmen, wofür keine Instanz spricht, so kann die in der l. 46 §. 1 cit. erwähnte Klage nur eine actio incerta gewesen sein, da die dictio daselbst alternativ gefaßt ist und das Wahlrecht der Frau zusteht. Eine direkt auf den fundus gerichtete Klage hätte daher jedenfalls wegen pluspetitio abgewiesen werden müssen. Umsomehr ist aber eine solche Klage dann unbegründet, nachdem sich die Frau bereits für die erste in der Stelle erwähnte Alternative entschieden hat. Wenn nun der Jurist dennoch eine exceptio für nothwendig hält, so kann dieses Wort hier nur in einer weiteren Bedeutung gebraucht sein und lediglich eine qualifizirte Negation bedeuten.

der in der irrigen Meinung Schuldner der Frau zu sein, für sie etwas als Dos versprochen hat, ganz von selbst[10]); die Betonung des Vaters wäre hier überflüssig. Sie erhält aber ihre rechte Bedeutung, wenn wir eine dictio dotis annehmen; denn da die dictio seitens eines solchen, der nicht wirklich Schuldner der Frau ist, sondern sich nur irrigerweise für den Schuldner hält, ungültig sein muß, so kann die Gültigkeit derselben im vorliegenden Falle wirklich nur darin ihren Grund haben, daß der Besteller doch der Vater der Frau ist, also auch abgesehen davon, daß er nicht ihr Schuldner ist, die Fähigkeit zur dictio besitzt.

II. So lückenhaft im Einzelnen auch das Quellenmaterial über die dictio dotis sein mag, so geht aus demselben doch so viel mit Sicherheit hervor, daß wir es bei der dictio mit einer dem Dotalrechte eigenthümlichen Rechtsform zu thun haben. Allerdings mochten von jeher die datio und promissio auch für die Dotirung benutzt werden können, allein dies schließt nicht aus, daß sich für diesen Zweck noch eine besondere Rechtsform herausbildete, indem ja ähnliche Erscheinungen sich auch auf anderen Gebieten wiederholen. Diesem Charakter der dictio ist es auch ganz entsprechend, daß sich dieselbe auf die Frau und auf den Vater derselben beschränkt; denn von der dictio durch den Schuldner, welche offenbar nur eine Abart der Dotirung durch die Frau ist, wollen wir hier vor der Hand ganz absehen, da hierin sicher eine spätere Erweiterung gelegen ist. Der Vater der Frau und wenn dieser nicht mehr am Leben ist, die Frau selbst, sind die Personen von denen ordentlicherweise die Dotirung ausgeht. Eine Dotirung durch andere Personen gehört bei uns und sicher auch bei den Römern zu den Seltenheiten. Wenn sich daher für die Dotirung eine besondere Form bildete, so ist es nur natürlich, daß sie sich gerade auf die Personen bezog, denen die Dotirung eigentlich zusteht[11]), und zwar

---

10) L. 78 §. 5 D. de J. D. (23. 3.)

11) An eine juristische Dotationsverbindlichkeit dieser Personen darf man hier mit Tigerström a. a. O. Seite 115 nicht denken. Eine solche besteht bei der Frau nicht und auch für den Vater ist sie erst durch die lex Julia de marit., also zu einer Zeit begründet worden, wo die dictio bereits längst als ausgebildetes Institut bestand. Das geht schon zur Genüge aus der auf der l. Julia beruhenden Bestimmung in Ulp. fr. §. 20 hervor. Für das im Texte Gesagte genügt es vollkommen, daß Sitte und Anstand eine Dotirung verlangen.

um so mehr als sich diese Rechtsform gewiß aus der Sitte des gewöhnlichen Lebens herausgewachsen hat.

Diese Sitte ist auch für die Zeit der dictio maßgebend. Alles weist nemlich darauf hin, daß die dictio herkömmlich sich an die Sponsalien angeschlossen hat. Dies geht m. E. schon aus den obenangeführten Formularen mit Sicherheit hervor. Soweit diese eigentlich juristischen Quellen entnommen sind, sind sie sämmtlich im tempus futurum abgefaßt, was Niemand der mit römischem Formelwesen einigermaßen vertraut ist, für gleichgültig oder gar für zufällig ansehen wird. Die Form deutet eben an, daß hiemit für die künftige Ehe etwas als Dos gewidmet ist, und daß der ganze Akt erst mit Eingehung derselben seine Wirksamkeit äußern soll. Außerdem wird in der Mehrzahl der oben angeführten Stellen noch besonders angedeutet, daß der Akt von einer „nuptura“ — also vor der Ehe vorgenommen wurde, wo dann das Verlöbniß den natürlichen Anknüpfungspunkt bildet. Ein solches liegt auch bei Terenz vor, wo Chremes dem Pamfilus die Dos dizirt, und eben dadurch die Einwilligung zur Ehe gibt [12]), obwohl hier freilich die dictio im temp. praesens abgefaßt ist, was aber bei einem nichtjuristischen Schriftsteller weniger ins Gewicht fällt. Wenn wir die dictio in die Zeit vor dem Abschluß der Ehe verlegen, so soll damit nicht gesagt sein, daß sie bei Bestand der Ehe rechtlich unmöglich [13]) gewesen ist; man konnte in einem solchen Falle die Formelworte „erunt, erit“ wenigstens dadurch rechtfertigen, daß durch die dictio nur eine Forderung begründet werde und sonach die dizirten Objekte doch erst künftig in das Vermögen des Mannes gebracht werden sollen. Immer war aber eine solche dictio nach Abschluß der Ehe sicher eine seltene Ausnahme, da schon eine Betrachtung des gewöhnlichen Lebens zeigt, daß die Ordnung des Güterrechtes dem Eheabschlusse voranzugehen pflegt und nur außerordentliche Umstände eine Dotirung während der Ehe veranlassen werden.

In dem Folgenden wollen wir nun die dictio durch den Vater der Frau und durch die Frau selbst abgesondert betrachten;

---

[12]) Die Ehe ist auch hier erst in Aussicht genommen, was namentlich aus Act V. Sc. 6 vers 7 hervorgeht, wo Pamfilus sagt: „nec mora ulla est, quin jam uxorem ducam.“

[13]) Arg. l. 44 §. 1 D. de J. D. (23. 3.)

der letztere Fall wird uns auch auf die dictio durch den Schuldner führen.

1) Dictio dotis durch den Vater der Frau. Der Normalfall von dem wir ausgehen müssen, ist wie jeder zugeben wird der, daß sich die Braut in der patria potestas ihres väterlichen Ascendenten (Vaters, Großvaters u. s. w.) befindet. Dieser verfügt über sie, indem er sie dem Bräutigam zur Ehefrau verspricht; der eigene Wille der Braut tritt hiebei selbst noch im klassischen Rechte ganz zurück, indem weder zum Verlöbniß noch zur Ehe ihre positive Einwilligung nothwendig ist, sondern Verlöbniß und Ehe nur durch ihren ausdrücklichen und begründeten Widerspruch gehindert werden [14]). Der Gewalthaber selbst ist es auch jetzt noch, der für seine Tochter u. s. w. das Verlöbniß schließt und sie zur Ehe gibt [15]) und wir haben wohl Grund anzunehmen, daß in der älteren Zeit, wo die hausväterliche Gewalt noch in ungebrochener Kraft dastand, selbst der Widerspruch der Tochter keine juristische Bedeutung hatte.

Die römische Haustochter soll aber nicht mit leeren Händen in die Ehe kommen, die Rücksicht auf die Ehre des Hauses von dem sie ausgegangen ist und auf die Stellung, die sie im Hause des Mannes einnehmen soll, verlangen eine Dotirung derselben [16]). Wurde doch eine nicht dotirte Ehe wenigstens in der Meinung des Volkes gar nicht wie eine wirkliche Ehe angesehen, wie aus der bekannten Stelle des Plautus Trinuum III. 2, 63 hervorgeht. Es ist daher auch ganz natürlich und selbstverständlich, daß der Hausvater, indem er die Tochter zur Ehe verspricht, sofort auch spontan bestimmt, was er von seinem Vermögen für sie als Mitgift aussetzt, da sie ja selber kein eigenes Vermögen besitzt [17]). Ohne eine Frage des Mannes abzuwarten kündigt

[14]) L. 11. 12. D. de sponsal. (23. 1.)

[15]) Auch für das Verlöbniß und die Ehe der Enkelin genügt der Consens des Großvaters in dessen potestas sie steht l. 16 §. 1 D. de R. N. (23. 2). Der Wille des Vaters ist nur ausnahmsweise nothwendig l. 9 pr. D. eod. cf. l. 5 §. 10 D. de J. D. (23. 3.)

[16]) Bechmann: Dotalrecht §. 10 St. 35 fg.

[17]) Bei der Verehelichung der Tochter des in potestate befindlichen Sohnes wird die dictio von dem Großvater derselben vorgenommen. Ob der Vater, welcher filiusfamilias ist, diziren konnte ist zweifelhaft. M. E. ist die Frage zu verneinen, da die dictio seitens des parens mit dem collocare in matrimonium zusammenhängt, welches hier vom Großvater

er durch dictio den Betrag der nach Sitte und Anstand selbstverständlichen Dos an. Wann diese Form aufgekommen ist, läßt sich nicht bestimmen, sie entspricht aber so sehr der Natur der Sache und der Stellung des Hausvaters zur Ehe seiner Tochter, daß sie sehr wohl in die Zeit hinaufreichen kann, wo nur Manusehen vorkommen, indem ja auch hier, wenigstens was Haustöchter betrifft, eine Dotirung möglich war. Diese war hier für die Tochter um so wichtiger da sie ja durch die Ehe aus der Familie ihres Vaters heraustrat und hiemit auch ihr Erbrecht in derselben verlor, so daß die Dos hier auch eine Art Abfindung für ihren Erbtheil enthielt [18].

Wenn man fragt wie sich die dictio äußerlich an das Verlöbniß angeschlossen habe, so lassen sich darüber nur Vermuthungen aufstellen. Sehen wir auf die spätere Zeit, so war das Verlöbniß bekanntlich ganz formlos, indem der bloße Consens hiezu genügte [19]; hier mochte es kommen, daß gerade erst die dictio dotis die Existenz des Verlöbnisses bezeugte, indem durch die Vornahme dieses Formalaktes konstatirt wurde, daß man von bloßen Verabredungen zum wirklichen Abschlusse gelangt sei. Diese Bedeutung mag es haben, wenn spätere Schriftsteller das Verlöbniß durch dictio geschehen lassen [20]. Für die ältere Zeit müssen wir aber offenbar annehmen, daß das Verlöbniß durch sponsio geschah [21], indem zunächst der Hausvater versprach sein Kind zur Ehe zu geben, der Bräutigam sodann sie zur Ehefrau

---

ausgeht; er gibt die Enkelin zur Ehe und kündigt auch an, was sie in die Ehe mitbekömmt, was doch seitens des Sohnes, der vermögenslos ist, nicht geschehen konnte. Das Gegentheil wird auch durch die l. 5 §. 10 D. de J. D. (23. 3) nicht dargethan, denn von der Zulässigkeit der promissio kann nicht auf die Statthaftigkeit der dictio geschlossen werden. Erstere ist bei Hauskindern allgemein ohne Rücksicht auf die causa als Verpflichtungsgrund anerkannt, während die letztere ein Geschäft ist, das sich nur auf bestimmte Personen und zwar auf diejenigen beschränkt, denen ordnungsmäßig die Dotirung obliegt. Zu diesen konnte aber der Haussohn nach seiner ganzen Stellung sicher nicht gerechnet werden.

[18]) Bechmann a. a. O. St. 41.

[19]) L. 4 pr. D. de sponsal. (23. 1). Vgl. auch Arnobius adv. gentes IV. 10 (Gallandi Bibliotheca tom. IV. pag. 181).

[20]) Nonius Marc. p. 439. Vgl. Rudorff zu Puchta's Inst. III. §. 289 Note f.

[21]) L. 2. 3 D. de sponsal. (23. 1.)

zu nehmen, so daß die Form, die uns Gellius [22]) als lateinisches Recht anführt auch im Wesen bei den stammverwandten Römern geltend gewesen ist. Hier scheint es nun die innere Consequenz zu verlangen, daß, da der Hauptakt durch Sponsio geschah, sich auch die Dotirung in diese Form eingekleidet habe und es liegt namentlich die Hypothese nahe, daß sich die bezügliche Zusage an die promissio des Vaters, seine Tochter zur Ehe geben zu wollen, angeschlossen habe. Dann müßten wir aber auch annehmen, daß sich die Frage des Bräutigams auf einen bestimmten Betrag der Dos mit bezogen habe, wovon sich keine Spur findet, und was auch insofern unpassend war, als dadurch Braut und Dos gleichsam auf eine Linie gestellt wurden. Hiezu kömmt aber noch der Umstand — und dieser scheint mir entscheidend zu sein —, daß mit der Stipulation des Bräutigams das Verlöbniß formell erst eingeleitet und noch nicht abgeschlossen war, indem hiezu noch die korrespondirende Stipulation des Vaters (filiam ducturum) gehörte — die Dotirung aber doch erst auf das Verlöbniß folgen konnte. Es sondern sich also auch hier Verlöbniß und Dotirung und es hat daher nichts Auffälliges, daß ungeachtet des inneren Zusammenhanges jeder dieser Akte in einer anderen Form vorgenommen wurde, das Verlöbniß durch sponsio, die Dotirung durch dictio. Besonders muß noch bemerkt werden, daß abgesehen von der datio gerade die dictio dem Wesen der Dos weit mehr entsprach als die promissio. Unstreitig wird nemlich die Dos im Interesse der Frau gegeben, sie ist zunächst für die Frau da, um ihr eine würdige Stellung im Hause des Mannes zu sichern. Allerdings kommt sie auch dem Manne zu Gute, allein sie wird doch nicht eigentlich seinetwegen gegeben; wenn er auch Eigenthümer der Sachen wird, so kommt er dabei doch erst in zweiter Linie in Betracht. Es ist ein passender Ausdruck dieses Gedankens, wenn der Vater bei der dictio im Interesse seiner Tochter selbstständig vorgeht — während bei der Bestellung durch promissio wenigstens formell schon mehr das Interesse des Mannes in den Vordergrund tritt.

Nach dem Bisherigen treffen das dicere dotem und das collocare in matrimonium in einer Person zusammen, indem

[22]) Noct. att. IV. c. 4 Varro de l. l. 6, 5 §. 70. 71. — Huschke Zeitsch. f. gesch. R. W. X. Bd. No. 6.

sie beide von dem Gewalthaber ausgehen. In der späteren Zeit kamen aber auch Emanzipationen von Töchtern u. s. w. vor. Hier wurden dann Ehe und Verlöbniß allerdings von dieser selber geschlossen, die Dotirung wird aber auch hier meistens von dem Vater ausgegangen sein. Hatte nemlich die Emanzipirte nicht bei der Emanzipation eine Abfindung seitens des Vaters bekommen oder hatte sie nicht nachher in Folge besonderer Umstände, z. B. durch Erbschaft, von anderer Seite her ein Vermögen erworben, so war es auch hier wieder der Vater, bezhw. der väterliche Ascendent, von dem sie eine Dos erwarten konnte, da sie, wenn auch nicht mehr im zivilrechtlichen Sinne, so doch im natürlichen Sinne noch immer zu seiner Familie gehörte; was ja auch durch das prätorische Erbrecht anerkannt wird. Dies zeigt sich schon darin, daß man auch emanzipirten Töchtern gegenüber die Dotirung als ein officium paternum ansah[23]), und es hat daher auch durchaus nichts Auffallendes, daß man auch in einem solchen Falle die Form der dictio zuließ[24]). Diesen Entwicklungspunkt hat Ulpian vor Augen, wenn er sagt, daß die dictio vorgenommen werden könne vom „parens mulieris virilis sexus per virilem sexum cognatione junctus" worin ausgesprochen ist, daß zu seiner Zeit der väterliche Ascendent nicht blos für Hauskinder, sondern auch für Emanzipirte u. s. w. eine Dos diziren konnte. Zudem ist aber darin auch angedeutet, daß die dictio doch von der patria potestas ausgegangen ist. Das Resultat ist demnach, daß im Ganzen der parens diziren kann, von dem die dos profecticia ausgeht; — doch decken sich anderseits diese beiden Begriffe nicht vollständig, indem eine dos profecticia auch von einem procurator, curator u. s. w. des parens bestellt werden kann, seitens deren die Möglichkeit einer dictio nicht bezeugt ist, sondern vielmehr durch die ausdrückliche Beschränkung auf drei Personen, welche im westgothischen Gaius vorkommt, ausgeschlossen wird.

2) Dictio dotis durch die Frau[25]). So lange es

[23]) Vgl. l. 44 pr. D. de J. D. (23. 3) l. 7 C. 5. 11.)

[24]) Die Mutter konnte dagegen die dictio nicht gültig vornehmen. Fr. Vat. §. 100.

[25]) Natürlich haben wir hier eine mulier sui juris vor Augen. Eine Haustochter konnte nicht gültig diziren. Dies ergiebt sich schon aus dem was oben Note 17 bezüglich des Haussohnes gesagt wurde. Dazu kommt

nur Manusehen gab, kam eine Bestellung der Dos seitens der Frau, und somit auch eine dictio nicht vor, da schon kraft Rechtsnothwendigkeit, sämmtliche Aktiva der Frau auf ihren Mann übergingen. Eine Bestellung der Dos seitens der Frau und somit auch die dictio einer solchen konnte erst mit der freien Ehe aufkommen. Das Gegentheil beweist auch Cicero pro Flacco c. 34 nicht. Sextilius Andro will nemlich durch die von Cicero hervorgehobenen Anklagepunkte darthun, daß der Nachlaß der Valeria ihm und nicht dem Flaccus gehöre. Zu diesem Behufe kumulirt er verschiedene Rechtsgründe, von denen jeder allein seine Behauptung rechtfertigen würde. Abgesehen von der Hervorhebung der Ingenuität der Valeria, stützt er sich vor Allem darauf, daß Valeria in seiner Manus gewesen sei, wobei er zunächst wohl an den Usus denkt. Wenn dies aber auch nicht der Fall gewesen sei, so habe sie ihm doch „omnem suam pecuniam" als Dos dizirt. Jeder dieser Punkte ist da für sich hingestellt, dieselben sind so gruppirt, daß von dem schwächeren zu dem gewichtigeren fortgeschritten wird. Es ist daher durchaus nicht anzunehmen, daß diese Anklagepunkte in einem inneren Zusammenhange mit einander stehen, und es kann namentlich nicht daraus geschlossen werden, daß die dictio in Bezug auf eine Manusehe vorgekommen sei, denn wäre Sextilius Andro mit dem Beweise der Manus durchgedrungen, so hätte er allein schon damit seine Rechte auf den Nachlaß der Valeria dargethan und es wäre die angebliche dictio gar nicht mehr in Frage gekommen. Geschieht es doch auch heutzutage, daß in einem Prozesse verschiedene Rechtsgründe kumulirt werden, welche mit einander nicht vereinbar sind, von denen der folgende nur für den Fall angeführt wird, daß die vorhergehenden nicht für probehältig befunden werden.

Verlöbniß und Ehe werden von der mulier sui juris selbst, ohne Intervention der Geschlechtstutoren geschlossen. Handelte es sich aber um die Bestellung der Dos, so war die auctoritas tutorum nothwendig, wenn die Frau Sachen dotis causa manzipirte oder auch nur etwas von ihrem Vermögen d i z i r t e oder

---

noch der Umstand, daß, wie sich weiter unten zeigen wird, die dictio seitens der Frau nur auctoritate tutor. stattfinden konnte, welche bei einer filiafamilias unmöglich war. Fr. Vat. §. 99.

promittirte. Es war dies nicht Folge einer besonderen Bestimmung des Dotalrechtes, sondern einfache Consequenz des Umstandes, daß die Frau überhaupt gewisse Akte ohne Auktorität ihrer Vormünder nicht gültig vornehmen konnte [26]); diese war daher auch nothwendig, wenn diese Akte zum Behufe der Bestellung einer Dos vorgenommen werden sollten. Daß zu diesen Akten auch die dictio gehörte, ergibt sich schon daraus, daß sie zweifellos als ein civile negotium im Sinne Ulpians angesehen werden muß [27]). Wurde dagegen die Dos durch solche Akte bestellt, welche schon überhaupt keiner auctoritas tutorum bedurften, wie z. B. traditio einer res nec mancipi, Delegation eines Schuldners u. s. w., so war auch hier eine auctoritas nicht nothwendig [28]).

Dies führt uns auf die dictio dotis durch den Schuldner der Frau. Auch der Vater der Frau kann durch Delegation seines Schuldners eine dos profecticia bestellen, dennoch finden wir kein Zeugniß, daß auch sein Schuldner gültig eine dictio vornehmen konnte, überall wird diese Fähigkeit nur dem Schuldner der Frau zugeschrieben. Daraus kann man wohl mit Sicherheit schließen, daß diese Bestimmung nur in besonderen bei der mulier sui juris obwaltenden Verhältnissen gegründet sein kann. Es fragt sich nun, welche sind diese besonderen Verhältnisse?

Meines Erachtens liegt der Grund dieser Bestimmung in der Geschlechtstutel, indem dadurch wenigstens eine theilweise Befreiung der Frau von der Nothwendigkeit der auctoritas tutorum bei der dictio erreicht wurde. Ein strenger quellenmäßiger Beweis dieser Behauptung läßt sich allerdings nicht liefern, sie läßt sich aber doch wenigstens wahrscheinlich machen. Wir müssen davon ausgehen, daß auch hier die Bestellung der Dos eigentlich von der Frau ausgeht, indem die dictio von dem Schuldner nicht eigenmächtig vorgenommen werden kann. Die Thätigkeit der Frau beschränkt sich aber nur darauf, daß sie dem Schuldner einen jussus ertheilt, während der Formalakt vom Schuldner ausgeht. Wenn daher von einer Intervention der

---

26) Ulp. fr. XI. §. 27. Gaius I. 192.

27) Cicero pro Flacco c. 34; pro Cacina c.

28) Vgl. Rudorff Vormundschaft II, §. 121 und die dort angeführten Stellen.

Tutoren die Rede sein sollte, so wäre sie nur bei dem jussus der Frau möglich. Gerade hier aber war die auctoritas tutorum nicht nothwendig, indem dieser Akt ganz formlos war und unter keine der Geschäftsgruppen fällt, für welche die auctoritas tutorum gefordert wird. Allerdings liegt darin das Aufgeben eines Rechtes der Frau, allein nicht jedes Aufgeben eines Rechtes von ihrer Seite bedarf zu seiner Gültigkeit auch der auctoritas tutorum. Diese ist nur dann nothwendig, wenn es sich um eine res mancipi handelt, welche hier nicht vorliegt, oder wenn das Aufgeben des Rechtes durch ein civile negotium der Frau, wie z. B. durch eine acceptilatio bewirkt wird, was hier wieder nicht der Fall ist.

Ist unsere Annahme gegründet, so war jetzt der Frau die Möglichkeit gegeben, bei der Bestellung der Dos der auctoritas tutorum zu entgehen. Wenn sie keinen Schuldner hatte, so brauchte sie nur einer Vertrauensperson den Betrag als Darlehen zu geben, welchen sie zur Dos aussetzen wollte — denn auch hiezu war eine auctoritas der Vormünder nicht nothwendig — und dieser jetzt den Auftrag zu ertheilen diesen Betrag für sie als Dos zu diziren. Diese Umgehung der Geschlechtstutel hat durchaus nichts Auffälliges, sondern paßt vielmehr zu der späteren Rechtsentwicklung, welche ja auf Schwächung und endliche Beseitigung der Geschlechtstutel ausging. Wo der Tutor bei gewissen Geschäften eigentlich nur dicis gratia intervenirt und selbst zur interpositio auctoritatis gezwungen werden kann [29]), da war das ganze Institut jedenfalls nur mehr eine lästige Form, und eine Umgehung desselben nichts Anstößiges. Wann diese Umgehung in der Gestalt unseres Rechtssatzes auftrat läßt sich nicht bestimmen; — denkbar wäre es, daß sie zunächst für solche Fälle als theilweise Abhülfe aufgestellt wurde, wo die Geschlechtstutel einem pupillus, furiosus oder Abwesenden zustand, für welche Fälle dann die lex Jnlia de maritandis und einige sich an sie anschließenden Senatusconsulte eine allgemeine Abhülfe durch Gestattung eines Spezialtutors gewährten [30]).

Zum Schlusse muß noch ein Einwand erwähnt werden, der möglicherweise dieser Deduktion entgegengestellt werden könnte.

---

[29]) Gaius I. 192 fg.
[30]) Ulp. fr. XI. §. 20—30.

Man könnte nemlich geltend machen, daß der geschilderte Zweck ja auch schon durch eine promissio seitens des Schuldners der Frau erreicht werden konnte und daß es also nicht nöthig war gerade die dictio dem Schuldner noch besonders zugänglich zu machen. Dies Argument widerlegt schon der Bestand der dictio überhaupt. Wenn man die Nothwendigkeit betont, so lag eine solche für den Bestand der besonderen Rechtsform der dictio neben der promissio überhaupt nicht vor, indem die Erfolge der dictio jedenfalls schon durch die allgemein anwendbare promissio erzielt werden konnten. Und dennoch bildete sich hier eine eigene Form, welche, wie aus Allem hervorgeht, häufige Anwendung fand. Es ist daher auch nicht auffällig, wenn man auch für diese Form dadurch Erleichterungen herbeiführte, daß man sie seitens des Schuldners der Frau zuließ, obwohl diese bei der promissio schon von selber gegeben waren.

Tentamina critica in Gaium

scripsit

A. van der Hooven, professor Ultrajectinus.

Lib. I. §. 25. Videtur mihi Gaius scribere non potuisse, quod vulgo legitur: „*Hi vero qui dediticiorum numero sunt, nullo modo ex testamento capere possunt, non magis quam qui liber peregrinusque est.*" In his sibi invicem opponuntur *liberti dediticii et hi qui liberi sunt peregrinique.* Atqui ea antithesis non procedit. Nam qui *libertus dediticius* est primo est *liber*, quippe justa solennique manumissione perpetuam *libertatem* adeptus. Nullum, ut puto, locum in classico scriptore inveneris, ubi significatio vocabuli *libertas* ita restringatur, ut *plena* libertas *libertas*, vel qui non *optimo jure* liber est, *liber* esse negetur. Accedit auctoritas Ulpiani, qui bis in eodem, quo Gaius, contextu libertos dediticios *peregrinos* diserte appellavit „Is qui dediticiorum numero est non potest testari secundum jus civile *quia peregrinus est*", etc. — Quare conjicio leni mutatione scribendum esse: *non magis quam quilibet peregrinus.* Voce *quilibet* ita usus est Gaius IV. 82 „agere posse *quemlibet*" et aliis, ut puto, locis qui ad nostrum propius etiam accedunt, sed quos nunc in promptu non habeo.

I, 188: „*Hoc totum tantisper sufficit admonuisse*, —" Quando hunc locum vexatum comparo cum alio item vexatissimo III. 54: *Hactenus omnia jura quasi per indicem tetigisse satis est*, subit dubitatio, num

forte Criticorum acumen is his locis emendandis oleum et operam perdiderit. Videtur Gaius dicere voluisse *se summatim* et *universe jura illa exposuisse*, eumque sensum exprimere per vocabulum *totum* (i. e. summam rei) et *omnia* (i. e. *rem universam*). Si tamen locum fortasse sanum emendatione tentare volueris, lenissimo remedio in nostro quidem loco pro *totum* posueris *tantum*, in III°. comm°. pro *omnia*, *manumissorum*.

II. 200: „— *quod sine condicione pure legatum est*," — Vox *pure* addita vocibus *sine condicione* mera est tautologia merus pleonasmus. Tu lege: *quod sine condicione per vindicationem legatum est*. Error ortus ex perversa interpretatione siglae p̄ū.

III. 141: „— *si rem tibi venalem habenti, veluti fundum, acceperim et pretii nomine hominem forte dederim*," — Si elegantem Huschkii emendationem *accesserim* admittere nolis, fortassis Dativum *tibi* ita possis defendere ut vel *acceperim dederimque* hyperbaton sive potius constructionem *κατὰ διανοίαν* non *κατὰ λέξιν* esse statuas, quale illud in Epigrammatibus Theocritus:

Ἀρχίλοχον καὶ ἔλθε καὶ εἴσιδε τὸν πρὶν ποιήτην (alia exempla suppeditabunt Schaeferus ad Sophoclem et interpretes Aululariae Plautinae) vel *accipere alicui* ex vulgariori loquendi usu ita dictum esse statuas quemadmodum Galli hodieque dicunt: *acheter à quelqu'un*.

III. 192, 193: „— *linteo cinctus lancem habens*, — *quid sit autem linteum quaesitum est*". Bis errasse mihi videtur librarius, more suo nota vocabula pro ignotis reponens. Necessario requiritur ut pro *linteo* bis restituamus *licium*. Quippe qui vocabulum aliquod incertae significationis excutit is ipsum illud vocabulum memorare debet, non aliud pro eo substituere. Scimus autem in duodecim Gaii etiam aetate lectum fuisse: *lance licioque*. Tum ridicula est sententia *quid sit linteum, quaesitum fuisse*. Nam *linteum* quid sit, sciebant omnes, nec potuit de eo quaeri.

III. 193: „— *quod ita quaesita res inventa majori poenae subjiciatur*". In editione quadam Parisiensi ad usus Academicos parata, qui liber forte in manus meas pervenerat, hunc locum ita emendatum repperi, ut pro *quaesita res* legatur *quaesita re*, casu Ablativo. Quam emendationem verissimam esse credo, et credidit Rudorffius cum quo de ea re sermones contuli. *Res* poenae subjici non potest, sed *homo* sive *fur* poenae subjicitur. Mox pro *manibus occupantis* mallem: *manibus occupatis*.

III. 224: „— *quamvis possit vel minoris damnare*," — Delendum est *vel* quod sententiae loci repugnat. Irrepsit ex linea 24.

IV. 8: „*Poenam tantum consequimur*" — Forte praestaret *persequimur*.

IV. 21: „— *quae dolo malo non solvisti*" — Jam dudum antequam Mommseni emendationem cognovissem, ego sic legere solebam: *quae diebus XXX non solvisti*.

IV. 11: „— *unde cum qui de vitibus succisis ita egisset,*“ — Videor mihi veram lectionem reperisse pro *qui de* reponens *quida,* hoc modo: *Unde cum quidam vitibus succisis ita egisset ut in actione vites nominaret responsum est eum rem perdidisse.*

IV. 79: „— *sufficere unam mancipationem: crediderunt enim tres lege duodecim tabularum ad voluntarias mancipationes pertinere*“. Soloecce et negligenter dicitur *mancipationes ad mancipationes pertinere.* Tu lege: *crediderunt enim veteres* (quorum auctoritate uti solebant Sabiniani) *legem XII tabb. ad volunt. mancip. pertinere.* Similiter Gaius, I, 1651 — *crediderunt veteres voluisse legem* — et L. 1 pr. D. si mensor: — *quia non crediderunt veteres, inter tales personas locationem et conductionem esse.*

IV. 131: „— *in incerto*“. Novissime Rudorffius in Ann. Acad. Berol. 1866. p. 345 legere jussit *in integro.* Eam emendationem ego jam ante decennium proposueram in Diario Belgico „Nieuwe Bydragen tot Regtsgelardheid en Wetgeving“. Itaque hanc conjecturam, occupationis jure meam, nunc injecta vindico manu.

Ueber den Einfluß der Kirche auf die Sühne bei dem Todtschlag.

Von

Abegg.

Eine Vergleichung der Strafrechtspflege im Mittelalter so wie der zunächst vorangehenden und der jener folgenden Periode mit dem bürgerlichen Rechtsverfahren läßt Unterschiede erkennen, die nicht durchgängig in der Verschiedenheit der Gebiete und der Gegenstände des Strafrechts und des Privatrechts ihre Erklärung finden. Ohnehin war eine scharfe und durch den Begriff wissenschaftlich und praktisch bestimmte Abgrenzung jener Zeit noch fremd. Diese ist späteren Ursprungs, und jetzt noch ist, bei genauerer Sonderung der beiden Gebiete, die im Großen und Ganzen auch früher nicht vermißt wird, gerade da, wo bürgerliches und strafbares Unrecht sich berühren, die Grenze eine bestrittene und es bedarf, wenn es erlaubt ist, diese Bezeichnung

hier zu gebrauchen, eines „judicium finium regundorum“[1]). So weit nehmlich jener Unterschied auf der Verschiedenheit der Gebiete beruht, kann dies nichts Auffallendes haben. Was hier gemeint ist, betrifft nicht die Verschiedenheit der einen und andern Verfahrensweise, in so fern beide zu einander in einem durch den Gegenstand bedingten Gegensatz stehen: sondern vielmehr die Verschiedenheit innerhalb der Verfahrensweisen selbst. Man könnte — ohne die Eigenthümlichkeit der geschichtlichen Bildung im römischen und im deutschen Recht zu verkennen — in Betreff beider die Bemerkung machen, welche für die gegenwärtige Erörterung nur dem germanischen Rechte gelten soll, daß in dem bürgerlichen Rechtsverfahren oder innerhalb desselben sich ein streng formelles technisches Element bethätigt, welches dem strafrechtlichen zwar nicht ganz fremd, aber doch nicht in demselben Grade, und mit überall durchgreifender Wirkung angehörig ist.

Daß in dem Strafrechte, auf einem ursprünglichen Standpunkte, — ehe noch die Seite des öffentlichen Interesses, des Gemeinwesens mit seinen Anforderungen hervortritt — im Uebergange von der Selbstrache und Genugthuung, und in theilweiser Fortgeltung jenes ersten Standpunktes neben dem sich allmählig und mehr und mehr behauptenden, zuletzt überwiegenden der „Gerechtigkeit und gemeinen Nutzens“[2]) das subjektive Moment vorherrscht, oder vielmehr das anfangs allein in Betracht kommende ist, erklärt nicht vollständig die Eigenthümlichkeit, welche uns beschäftigt. Man würde bei privatrechtlicher Behandlung

---

[1]) Die neueren Bearbeitungen, von denen ich hier nur A. Merkel, Criminalistische Abhandlungen I. Leipzig 1867 anführe, haben sich eine andere Aufgabe gestellt, als die geschichtliche Bestimmung des Unterschiedes, wie dieser aus den positiven Gesetzgebungen und den Volksrechten in den besonderen Perioden zu entnehmen ist.

[2]) Für die Zeit, wo der Kampf als entschieden anzusehen war, am bestimmtesten ausgesprochen in der P. G. O. Art. 104 vgl. mit Art. 88 (wie schon in der Bamb. u. Brand. H. G. O. Art. 125 und beiden Projekten Art. 110 mit bz. 101 und 90). Aber auch schon früher und in dem Landfrieden z. B. dem v. J. 1235, (s. darüber Böhlau Weimar 1858 S. 75), in anderen Reichsgesetzen, in dem Sachsenspiegel ist das System des öffentlichen Strafrechts anerkannt und auch für die Geltendmachung, wenigstens mehr als oft zugestanden wird, vorbereitet.

der Strafrechtssachen[3]), bei einer Unterstellung derselben unter die Willkühr des Betheiligten — die allerdings hier einen unverkennbaren Einfluß äußert — eher eine Gleichheit als eine Verschiedenheit annehmen dürfen. Sie soll auch nicht völlig in Abrede gestellt werden, aber das Uebergewicht liegt auf der andern Seite.

Wenn es richtig ist, daß der Prozeß, das gerichtliche Verfahren, wo einmal eine Sache streitig oder überhaupt Gegenstand rechtlicher Entscheidung geworden ist, sich nicht blos als äußere Form zu dem Inhalte, sondern als diesen für die Beurtheilung in die Erscheinung tretend, gestaltend verhält, so wird sich hierin der Grund nachweisen lassen, weshalb das Verfahren einen wesentlichen hinsichtlich der Ergebnisse nicht selten modificirenden Einfluß auf das s. g. materielle ausübt. Ja vielfach erscheint der Proceß und nicht blos für den einzelnen Fall, sondern im weitern Umfange als die Weise, in welcher sich das Recht selbst fortbildet, und anerkannte, wenn gleich noch nicht überall gesetzlich ausgesprochenen Rechtssätze zur Geltung gelangen. Dieß ist nun vornehmlich jedoch in anderer Weise, als sonst wohl auch im Gebiete des eigentlichen Privatrechts, der Fall im Strafrechte.

Dabei zeigt sich bald wirklich, bald mehr scheinbar eine gewisse Willkühr, die indessen, wie wir sehen werden, nicht ohne eine innere Berechtigung ist, und daher für die wissenschaftliche

---

[3]) Beachtenswerth ist hier der Art. 131 der Bamb. und Brand. H. G. O. (in den beiden Projekten Art. 162, wo das zweite noch ausdrücklich die Appellation den Betheiligten vorbehält): „Item so eyner aber jemant unleugerbarlich entleybt hat, darumb peynlich angenommen und beclagt würde und doch solcher entleybung ursach fürprechte, daß er mit recht nit peynlich gestrafft werden solle. Alsdann solle dieselbe sach zwischen beiden teylen bürgerlich gerechtfertigt werden, und die parthеyn unsern Amptmann oder Richter pflicht und notdurftigen bestalt thun, solche austrag vor unsern reten zu nemen und zu geben endlich und on all wegerung." Zwar entspricht diesen Artikeln keiner in der P. G. O. Indessen unterscheidet Art. 138 zwischen Entleibungen, die „alleyn von peynlicher" und andern, die „von peynlicher und bürgerlicher straff" entschuldigen. Auf letztere (nicht auf die neuere Besserungstheorie) bezieht sich der im Art. 142 gemachte Unterschied, daß die Strafe „an leib leben oder aber zu buß und besserung" erkannt werde. Meine Abh. im Archiv des Crim. R. J. 1836 S. 170 u. J. 1837 S. 449 u. J. 1857 S. 212 rc. s. auch P. G. O. Art. 139. 140 „der ist darum niemants nit schuldig".

und praktische Betrachtung eine Bedeutung erhält, welche uns verbietet, sie ohne Weiteres zu verwerfen oder, als, mit dem Rechte oder Gesetze in Widerspruch stehend, unberücksichtigt zu lassen. Vielmehr muß ihr in dem Entwicklungsgange die gebührende Stelle angewiesen werden. Ist doch — um dieß im Vorübergehen zu bemerken — die in viel späterer, in einer nicht weit hinter der Gegenwart liegenden Zeit, so schwer und nicht ohne Grund gerügte Willkühr der s. g. Praxis im Strafrechte gegenüber dem geschriebenen gemeinen Rechte und der auf dieser beruhenden Landesgesetzgebung nicht ohne eine erst in der letzten Zeit mehr anerkannte und richtiger gewürdigte Berechtigung gewesen. — Nach der nothwendigen Fortbildung des Rechtes, im Zusammenhang mit den andern objektiven Einrichtungen des Staats den Elementen des gesellschaftlichen und Volkslebens und dessen, was ich die organischen Umgebungen nenne, — ist vorübergehend ein Widerspruch berechtigter und sich geltend machender Forderungen mit dem Gesetz oder in sonstiger Form bestehendem positiven Rechte unvermeidlich, wo und so lange dieses auf einem nunmehr überschrittenen Standpunkte beharrt. Hier ist dann die Aufgabe und der Beruf der Gesetzgebung unzweifelhaft und genügend angezeigt.

Es handelt sich für jene Periode um den Kampf von drei verschiedenen Elementen oder Grundlagen, deren jedes berechtigt ist, deren keines dem andern vollständig zum Opfer gebracht werden darf, — auch nicht wurde — deren Versöhnung vielmehr als die schwere und nur unter vielfachen Ausschreitungen nach der einen und andern Seite stattfindende Arbeit, aber — man kann fast behaupten, noch nicht durchgängig rücksichtlich des Ergebnisses gelungene Aufgabe, selbst noch unserer Zeit ist.

Es sind dieses im Strafrecht und Verfahren: das subjektive Moment der Rache und Privatgenugthuung für erlittenes Unrecht, — das mehr objektive des Interesses des Gemeinwesens an der Ahndung des Verbrechens, das Hervortreten der öffentlichen Strafe, wobei der zu Grunde liegende Gedanke des Rechtes und der Gerechtigkeit verhüllt und getrübt ist durch die sich in den damaligen Verhältnissen mit gebieterischer Nothwendigkeit geltend machenden Rücksichten der Sicherung, Vertheidigung, Abwehr von Gefahren und was sonst vom Standpunkte des wirklichen oder angeblichen gemeinen Nutzens aus be-

hauptet wird. Endlich, und dieß erscheint als das nicht am wenigsten wichtige und einflußreiche Moment: das Christenthum und die Kirche mit ihren auch für die diesseitigen Verhältnisse und ganz besonders für das Recht begründeten Forderungen.

Aber es ist auch nicht lediglich ein Kampf, in welchem das eine Princip, als welches allein auf Geltung Anspruch hätte, die andern völlig aufzuheben strebte. Vielmehr geht allerdings weniger ein überall bewußtes Streben, als die stille, einem inneren Gesetze folgende Arbeit der Geschichte in dem weiteren Entwicklungsgange dahin, die — unter bestehenden thatsächlichen Voraussetzungen möglichste Vereinigung der verschiedenen Bestimmungen, deren mindestens bedingte Berechtigung anerkannt wird, zu Stande zu bringen. So erscheint das seine Nothwendigkeit behauptende öffentliche Strafrecht, als die Beschränkung und allmählige Beseitigung der Privatrache, Fehde, wenngleich insbesondere in dem Compositiv-System noch immer und lange Zeit nachher in dem Wehrgelde, der Sachsenbuße sich die privatrechtliche Gewalt und die Seite der Subjektivität erhält[4]). Und wenn nun die Kirche in der einen Richtung der Ausschließung der Rache jenem ersten Standpunkte ihren Grundsätzen gemäß entgegentritt, so stellt sie sich in einer andern Richtung auf die Seite jenes subjektiven und privatrechtlichen Standpunktes, indem sie, den Vergleich und die Sühne begünstigend und herbeiführend, der Strenge des öffentlich weltlichen Strafrechts eine Grenze setzt. Diesem tritt sie aber in so fern nicht entgegen, als sie dabei die Nothwendigkeit auch öffentlicher Genugthuung für das verletzte Recht und Gesetz anerkennt, in dieser Hinsicht selbst ein gewisses, wenn auch nicht stets genau bestimmtes Verhältniß zu der bürgerlichen Strafrechtspflege herzustellen bemüht ist und — was damit in engem Zusammenhang steht — indem das, was sie selbst für Zustandekommen der Sühne und als Mittel derselben aufstellt und durch ihr Organ im einzelnen Falle zur Ausführung bringt, nicht lediglich die Eigenschaft eines unter den Betheiligten abge-

---

[4]) vgl. überhaupt Wilda, das Strafrecht der Germanen. Hälschner, Geschichte des Brand. Preuß. Strafrechts. S. 30, 68. Köstlin, Geschichte des deutschen Strafrechts im Umrisse. Nach des Verfassers Tode herausgegeben von Geßler. Tübingen 1859 S. 52. 57. 103. 114. 171. Osenbrüggen, das Allemannische Strafrecht im deutschen Mittelalter. Schaffhausen 1860. S. 38. 81. 127.

schlossenen Vertrags oder Abkommens hat. Es ist vielmehr eine öffentliche Autorität, die sich hier wirksam erzeigt; und die Sühne und Buße entbehrt nicht der Seite einer auch und von Rechtswegen auferlegten öffentlichen Strafe. Nur erscheint diese vornehmlich auf die anerkannte Schuld, auf den Willen solche möglichst gut zu machen bezogen, in der mildern und freundlichern Form, die dem Christenthum entspricht.

Wenn sie so gleichmäßig der bloßen Subjektivität des zur Rache Geneigten, wie der unerbittlichen [5]) Strenge des Gerichts entgegentritt, so ist dabei so wenig die Absicht wie die Berechtigung, selbst die Stelle, die Rechte und Pflichten der öffentlichen Strafgewalt der Gesellschaft und des Staats zu vertreten oder zu übernehmen. Letztere müssen sich in ihrer Nothwendigkeit behaupten; das Mißkennen des richtigen Verhältnisses führt zu Collisionen und Competenzstreit. Es bedurfte langer Zeit auch hier die Wahrheit der Sache zur vollen Geltung zu bringen und zwar so, daß die weltliche Gerechtigkeitspflege ihrer Selbstständigkeit unbeschadet die Grundsätze anerkennt und mit aufnimmt, welche die christliche Religion auch für das diesseits lehrt und ausgeführt wissen will.

Es ist nicht der Zweck der gegenwärtigen Abhandlung, dieß Alles näher auszuführen. Ohnehin wird in obigen Sätzen nichts Neues gesagt. Zwar fehlt es nicht an Lücken, die zu ergänzen, an hie und da noch gangbaren Irrthümern, die zu berichtigen die Aufgabe bleibt. Ich habe für die Gesammtauffassung, welche, auch wo sie erkennbar erscheint, doch nicht überall in gehörig bestimmter Weise ausgesprochen ist, und für Einzelnes in verschiedenen geschichtlichen Abhandlungen Beiträge zu liefern gesucht; mehr als ein fernerer Beitrag zu sein, soll auch das Folgende nicht beanspruchen.

Von dem Einflusse der Kirche auf die Sühne und so auf die Milderung nicht nur der verwirkten Strafe im besonderen Falle, sondern auch des Strafrechts und der Ausübung der Rechtspflege soll die Rede sein.

---

[5]) Dieser, die sich oft in der härtesten Weise bethätigte, steht das „Richten auf Gnade" nicht entgegen. Denn auch dieses findet unter dem wenn auch nicht überall gleichmäßig hervortretenden Einflusse der Religion statt. S. überhaupt Osenbrüggen a. a. O. S. 83.

Wie bereits erwähnt — auch für manche Sätze, die bei den ältern Praktikern vorkommen, ganz besonders bei der Lehre der s. g. Milderungsgründe, welche man nach späterm strengen Festhalten an den Rechtsbestimmungen und nach allgemeinen für das Strafrecht geltenden Regeln mit Grund bestritten und außer Anwendung gebracht hat, lassen sich positive Anhaltspunkte nachweisen. Mag man nun immerhin von dem in seiner Sphäre allein maßgebenden Standpunkte des Strafrechts aus jene ganz zurück- oder in die gebührende Schranke verweisen, man muß doch in richtiger Würdigung des geschichtlichen Entwicklungsganges anerkennen, daß dort nicht (wie so oft behauptet worden) lediglich die Willkühr, das Gefühl, eine Nützlichkeitsrücksicht ꝛc. sich geltend gemacht und das Ansehen des Gesetzes verletzt habe, daß vielmehr auch bei solchen in die Praxis übergegangenen, bz. durch dieselbe zur wirksamen Durchführung gebrachten Sätzen eine innere Berechtigung nicht ganz vermißt werde. Freilich, bei dem bereits erwähnten Kampfe der verschiedenen Systeme und unter dem Einflusse eines so schwer sich vollziehenden Bildungsprocesses, nicht ohne die Nachtheile, welche das Durchbrechen von für unberechtigt erachteten Schranken mit sich führt, nicht ohne die Gefahren, von welchen das Verlassen schützender Formen — die mehr als bloße Formen sind — begleitet ist!

Im Princip des Christenthums lag es, und wurde von der Geistlichkeit, wo sie dasselbe bei den germanischen Stämmen einführte und verbreitete, als eine wichtige Aufgabe betrachtet, der Rache und Fehde zu begegnen. Dieß geschah in verschiedener Weise, mit möglichster Schonung der hergebrachten Rechte, und so daß im langsamen Fortschritt sich die Lösung der Aufgabe vollzieht. Dabei findet dieselbe eine Stütze und eine Förderung durch die spätere weltliche Gesetzgebung, zum Theil schon in den Volksrechten und durch das Festsetzen der Compositionen, vornehmlich aber durch die schon selbst unter dem Einflusse des Christenthums stehende Gesetzgebung der fränkischen Könige. Es darf hier nur an Bekanntes erinnert werden. Die Aufrichtung des Gottesfriedens (treuga Dei) die Bestimmung und immer weitergehende Ausdehnung der die Fehde ausschließenden Friedenstage, die auf die Nichtbeobachtung gesetzte kirchliche Strafe der Excommunication, die durch die Freistätten (Asyle) erleichterte Herbeiführung der Sühne und des Zustandebringens eines Vergleiches zwischen den

Schuldigen und den zur Rache Geneigten; wobei die Geistlichkeit sich eine besondere Mitwirkung angelegen sein ließ, die auf dieser Grundlage von den weltlichen Gesetzgebern gedrohte Strafe gegen die, welche die Annahme der Buße verweigerten oder vollends nach Empfang solcher dennoch die Privatrache nicht aufgeben, — Alles dieß ist auf den gemeinsamen Zweck zu beziehen, zu dessen Erreichung die weltliche und die geistliche Gesetzgebung zusammenwirkten [6]).

Der Periode nun, welche zwischen die freie Rache-Uebung und den jedenfalls vorherrschenden privatrechtlichen und subjektiven Standpunkt [7]), und die eines sich ausbildenden öffentlichen Strafrechts fällt [8]), gehört die folgende Betrachtung an.

---

[6]) Ausführlicher habe ich davon gehandelt in der „Revision der Lehre von den angeblich straflosen Tödtungen", in meinen „Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft" S. 240 ꝛc., s. insbesondere das das. angef. Cap. Carol. M. v. J. 802 Cap. 32. Eine Reihe damit, und zugleich mit dem öffentlichen Interesse an dem Zustandekommen der Vergleiche, in Verbindung stehender Bestimmungen s. S. 226 ꝛc. — Neuere Forschungen haben Vieles näher festgestellt, Manches von den älteren Ansichten berichtigt; im Ganzen aber bleibt immer die Auffassung bestehen, welche J. Grimm, Deutsche Rechts-Alterthümer S. 623, nachdem er bemerkt, der Ausdruck Verbrechen sei auf die älteste Zeit bezogen, ungenügend, und nach Auseinandersetzung des an die Stelle der Rache tretenden Bußsystems — für die spätere Entwicklung — dahin bezeichnet: „Der Gang der Geschichte ist nun, daß stufenweise die Idee von Buße schwächer, die von Strafen schärfer wird, daß auch Verbrechen, die früher nicht öffentlich waren, ihren Privatcharakter aufgeben, und daß manche Bußen, an deren Stelle Strafen treten, gänzlich verschwinden".

[7]) Auch der frühesten Zeit fehlt jedoch nicht ein öffentliches Strafrecht, und schon bei Tacitus, Germania Cap. 31, werden von den Fällen, welche gebüßt werden, diejenigen unterschieden, wo öffentliche Strafe nach der Verschiedenheit der Schuld und vorgängigem Rechtsverfahren verhängt wird. Aber auch hier wird die Tödtung zu den Handlungen gerechnet, die zu büßen sind.

[8]) Das gemeinsame Interesse mußte sich doch bald im Zustande der Geselligkeit geltend machen und führt dann auf die Verfolgung bestimmter Zwecke der Strafe, die eine weit spätere Betrachtung (ohne jene geschichtliche Grundlage und als angeblich selbstständig) zum Rechtsgrund der Strafe zu machen gesucht hat. Grimm a. a. O.: „Strafen für gewisse schwere Verbrechen, in so fern sie weniger die Einzelnen verletzten, als das gemeine Volk, müssen gleichwohl auch schon für die frühesten Zeiten behauptet werden". Meine „Strafrechtstheorien" S. 23 ꝛc. 118 ꝛc.

Die Tödtung in weiterm Sinne, und insbesondere das *homicidium*, im Gegensatz zu solchen Angriffen auf ein Menschenleben, welche unter verschiedenen Benennungen, nach andern hier entscheidenden Rücksichten, einer öffentlichen Strafe verfallen, wird ursprünglich nicht als Verbrechen mit Strafe geahndet, sondern als ein ungerechter Angriff mittelst der Familienrache — zur Wiederherstellung des gestörten rechtlichen Gleichgewichts — verfolgt. Wo nun so die Subjektivität des Verletzten vor Allem in Betracht kommt, da ist auch der nächste Fortschritt angezeigt, daß eine Versöhnung stattfinden kann, daß durch Entrichtung einer Buße, des Wehrgeldes, die Feindschaft, der Kampf, die Fehde abgewendet werden könne und dürfe. Der weitere Fortschritt besteht sodann in dem Gebote, die Composition anzunehmen, und dem Verbote der Racheübung, womit die gesetzliche Feststellung der wegen Tödtungen und sonstiger Verletzungen zu entrichtenden Bußen nach den Volksrechten in Verbindung steht. Auch zeigt sich darin schon das für die fernere Entwicklung eines eigentlichen Strafrechts und für den Begriff von Schuld und Gutmachung höchstwichtige Moment des Geständnisses[9]), die Anerkennung der Schuld, der Reue und der Verpflichtung, das Unrecht zu sühnen. Bezog sich die Buße, welche gerichtlich eingefordert werden konnte, zunächst auf die Verletzten, welchen eine Genugthuung zu Theil werden sollte, so hat sie doch zugleich die später noch mehr hervortretende Bedeutung eines Zugeständnisses des verübten Unrechts von Seiten dessen, der die Buße entrichtet. Es ist dieß in der innern Entwicklung des Begriffs der gerechten Strafe ein beachtenswerthes Moment und selbst für die Periode nicht zu übersehen, wo das im Verbrechen liegende Unrecht lediglich in der Verletzung des Andern, noch nicht in der Verletzung des Rechts als solchen, der Objektivität, mit der sich der Frevler in Widerspruch setzt, gefunden wird[10]).

---

[9]) Strafrechtstheorie S. 106 2c. 117 2c.

[10]) Glosse zum Sachsenspiegel. Buch II Art. 20: „Die andere Sache ist, daß man Buße giebt, zu einer Bekenntniß, daß der, der sie giebt, unrecht gethan habe, an dem, dem er die Buße giebt“. Meine Untersuchungen S. 228 2c. Wilda, Strafrecht der Germanen S. 314. 340. Desselben Anzeige des unten Note 24 anzuführenden Werkes von Wasserschleben, „die Bußordnungen“ in der Allg. Monatsschrift für Wissenschaft und Literatur. 1853. S. 120 2c.

Hier hat nun das Streben der Kirche, möglichst die Sühne herbeizuführen, um so weniger Auffallendes, je mehr es dem gleichen Streben des Staates und bz. des weltlichen Rechtes entspricht, welches und zwar unter dem Einflusse der Kirche, die Unterdrückung der Rache als christliche, auch im Staat und durch denselben zu übende Pflicht ansieht. Das ist namentlich der Standpunkt des fränkischen Staates und der Capitularien und macht sich in eigenthümlicher Weise geltend, wo, wie bei den Sachsen, durch jene erst und mit großer Strenge unter Carl d. Gr. christliche Lehre, Einrichtungen und kirchliches Leben eingeführt wurden [11]). Die allgemeine Gesetzgebung „bemüht sich überall, die gesetzliche Buße zur Anwendung zu bringen und damit die Rache auszuschließen“ [12]). Eine Collision zwischen den Forderungen der kirchlichen und der weltlichen Macht konnte hier nicht eintreten; sie war unvermeidlich, einmal bei den Stämmen, welche erst die fränkische Herrschaft, noch nicht den Einfluß des Christenthums erfahren hatten [13]), und dann, was uns hier näher berührt, wo sich das weltliche Strafrecht die ihm gebührende Selbstständigkeit zu erringen und fremde Einwirkungen fern zu halten sucht. Vollends auf dem weiter fortgeschrittenen Standpunkte des Staates und seines Rechtes wird jede dieser fremde Einwirkung auf die Geltendmachung seiner Grundsätze zurückgewiesen, oder doch in die engsten Grenzen gesetzt werden müssen. So ist es aber nicht in dem Uebergangsstadium.

Wo auch der Staat die Rache untersagt und die an deren Stelle tretende gütliche Vergleichung als das Rechtliche anerkennt und gesetzlich ausspricht, da ist das Verhältniß der von ihrem Standpunkte aus auf das gleiche Ergebniß hinwirkenden Kirche ein anderes, als da, wo diese, dasselbe Ziel verfolgend, der Geltendmachung der Rechte des Staates bei Ausübung der Strafgerichtsbarkeit entgegentritt. Und gerade dieß ist der Fall bei der Weise der Sühne, von welcher ich hier sprechen will, um einige bisher hierfür nicht benutzte Quellen der Aufmerksamkeit zu empfehlen. So erscheint dann die Einwirkung der Kirche als eine die äußer-

---

11) Usinger, Forschungen zur Lex Saxonum. Berlin 1867. S. 19.

12) Waitz, Verfassungsgeschichte IV. S. 431.

13) Davon Usinger a. a. O. S. 17 rc. Die einzelnen daselbst behandelten Streitfragen (S. 18 Note 1) sind dem Gegenstande unserer nächsten Aufgabe fern liegend.

sten Gegensätze vermittelnde: sie schließt einerseits die Willkühr des Verletzten, die Rache und Alles das aus, was jenem ursprünglichen Zustand angehört, wo das Recht nach seiner objektiven Seite noch nicht zur Anerkennung gelangt ist; andererseits begegnet sie der Strenge des sich immer mehr geltend machenden öffentlichen Strafrechts, bald darin selbst wieder von der Staatsgewalt, die sich diese eine Ausnahme begründende Einwirkung gefallen läßt, unterstützt, bald unter größerem oder geringerem Widerspruch derselben; so daß das Werk der Versöhnung der Gegensätze nicht ohne Kampf und nicht überall mit befriedigendem Erfolge durchgeführt wird. Als ein Hauptmittel, die Sühne zu Stande zu bringen, erscheint das Asylrecht der christlichen Kirche, welches hiernach bei sonstiger vielfacher Uebereinstimmung eine andere Bedeutung hat, als das auch dem ältesten, dem orientalischen, dem griechischen, dem römischen Rechte der verschiedenen Perioden bekannte Recht der Zufluchtstätten.

Das Asylrecht der Kirche ist in dem Umfange anerkannt, daß der Schuldige, welcher von demselben Gebrauch macht, der sonst verwirkten Todesstrafe zu entgehen hoffen darf. Allerdings nicht unbedingt; vielmehr wird, wo der Staat sich in der Selbstständigkeit der von ihm auszuübenden Rechtspflege behauptet, umgekehrt dem Asylrecht eine Grenze gesetzt und jener dem weltlichen Strafrecht entgegentretende Einfluß nicht ferner mehr anerkannt[14]). Es ist bemerkt worden, daß der in dieser Hinsicht stattfindende Unterschied zwischen den Capitularien für Franken, wo das Asylrecht beschränkt ist[15]), und den für die Sachsen getroffenen Bestimmungen, welche dasselbe in weitem Umfange begünstigen, wohl in dem Bestreben seine Erklärung finde, das Ansehen der christlichen Religion zu erhöhen und derselben Anhänger zu gewinnen.

Ich nehme als die neueste Darstellung[16]) des Verhältnisses beider Gesetzgebungen das Folgende auf:

„Eine andere Abweichung der *Lex* von dem Gesetzesrecht, wie es in den Capitularien vorliegt, betrifft das Asylrecht. In den *Capital. de partibus Saxoniae* Cap. 2 heißt es: Si

---

[14]) Wilda a. a. O. S. 442. Waitz a. a. O. IV. S. 429.
[15]) Waitz a. a. O. III. S. 125.
[16]) Usinger a. a. O. S. 20.

quis confugia fecerit in ecclesiam, nullus eum de ecclesia per violentiam expellere praesumat, sed pacem habeat, usque dum ad pacem praesentatur, et propter honorem Dei sanctorumque ecclesiae ipsius rereventiam concedatur ei vita et omnia membra; emendat autem causam in quantum potuerit, et ei fuerit judicatum, et sic ducatur ad praesentiam regis et ipse eum mittat, ubi clementiae ipsius placuerit". Das Asylrecht der Kirche wird hier nicht nur im weitesten Umfange verkündet, sondern es wird auch Erlaß der Todesstrafe in Aussicht gestellt, falls von jenem Gebrauch gemacht wird. Es entspricht dieß ganz den Verfügungen der Cap. 4 u. 14, wonach Fürsprache der Geistlichen die Todesstrafe abwenden kann, was zweifelsohne damit zusammenhängt, daß der neuen Religion auf solche Weise mehr Ansehen verschafft werden sollte. Um so bezeichnender ist es aber, daß die Lex Saxonum gerade das Gegentheil von dem hat, was das Capitular sagt: Cap. 28. „Capitis damnatus nusquam habeat pacem. Si in ecclesiam confugerit, reddatur".

Was wir nun in Betreff der erwähnten Bestrebungen der Kirche und ihres Einflusses aus den Quellen schöpfen, betrifft eben nur den bestimmt ausgesprochenen Grundsatz, sowohl der Rache der Betheiligten, als der spätern großen Härte der Strafrechtspflege entgegenzutreten, und die Anerkennung, sowie Unterstützung, — dabei von Seiten der weltlichen Obrigkeit. Das Nähere, wie dabei verfahren, auf welche Weise die Sühne bewirkt, welche Bedingungen festgestellt, welche Leistungen dem Schuldigen auferlegt, oder von ihm freiwillig angeboten und übernommen worden, ist nicht angegeben. Auch ist dieß überhaupt nicht ein Gegenstand der Gesetzgebung; es gehört der Ausführung im besondern Falle an und fordert eine Berücksichtigung der sich verschieden gestaltenden Verhältnisse, wo sich dann recht eigentlich der Einfluß der Geistlichkeit äußern konnte, dem hier ein fruchtbares Gebiet der Einwirkung auf die Gesinnung eröffnet war: den einen Theil zu lebendiger, thätiger Reue[17] so viel als

[17]) Diese zeigt sich unter andern bei der erst in der P. G. O. Art. 107 dem Falschschwörer zur Pflicht gemachten Wiederkehr des fälschlich abgeschworenen Gutes, wogegen nach dem römischen Recht, selbst wo die Unwahrheit des Schwures erkannt wurde, auch später diese Pflicht nicht bestand und nur ganz ausnahmsweise eine Restitution Platz griff. Daß die

möglich und der ernstlichen Absicht, die Schuld zu büßen, den andern Theil zur Annahme der Buße, Gewährung der Verzeihung, beide zur Versöhnung geneigt zu machen; beide nicht blos nach der Seite der äußerlichen Verletzung und der möglichsten Gutmachung erfassend, sondern nach der höhern, ihr Seelenheil berührenden, die sich auf das Gewissen, das Erkennen und Bekennen der Schuld, welche eine höhere Sühne fordert, und auf die Pflicht, solche anzunehmen und dem Schuldigen, selbst dem Feinde Verzeihung zu gewähren, bezieht.

Hierfür sind unsere Quellen: alte Chroniken, geschichtliche Aufzeichnungen, wie sie unter andern in Gerichtsbüchern der Städte sich finden. Diesen sollte mehr Aufmerksamkeit zugewendet werden, als bisher geschehen. Was die rechtliche Seite betrifft, insbesondere wo eine Entschädigung wegen zugefügter Vermögensbeeinträchtigung in Anspruch genommen wurde, oder wo, wie bei Buße im Sinne des Wehrgeldes, schon ein Anhaltepunkt durch die gesetzlichen Bestimmungen gegeben war, so unterlag die Feststellung der Friedensbedingungen, die auch unter Mitwirkung der bürgerlichen Herrschaft stattfand, keinen Schwierigkeiten, wenn es nur nicht an der erforderlichen Gesinnung bei den sämmtlichen Betheiligten fehlte. Die Kirche aber, bz. die Geistlichkeit, bedient sich als Mittel sowohl für die Herbeiführung des Vergleiches und der Friedensstiftung, als auch für die sich bethätigende Reue und Buße, selbstverständlich dessen, was ihrem Gebiete und der kirchlichen Jurisdiktion eigenthümlich ist. Damit wird denn auch dem Ganzen ein höherer Charakter verliehen, die Strafe in deren Sinn und nach deren Grundsätzen erkannt, auch so weit daneben noch von besondern Zwecken die Rede sein darf, diesen — in der durch die christliche Sitte der Zeit bedingten Auffassung — die gebührende Rücksicht gewahrt. Ich führe dieß durch einige von mir bereits in anderm Zusammenhang[18]) be-

---

Vermittelung und der Uebergang durch das geistliche Recht, besonders die Einwirkung im Gebiete des forum internum erfolgt sei, habe ich in einer Abhandlung nachgewiesen, welche demnächst erscheinen wird.

[18]) Meine Abhandlung: „Beiträge zur Geschichte der Strafrechtspflege in Schlesien, insbesondere im fünfzehnten und sechszehnten Jahrhundert" in der Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. XVIII. 3 S. 404 mit XVI. 2 S. 336.

nutzte Mittheilungen aus, welche sächsischen Chroniken entlehnt sind:

„Todtschläger mußten gewöhnlich Seelenmessen stiften — zur Ergötzlichkeit und zum Heile der Seele des Erschlagenen; steinerne Kreuze setzen lassen, deren Größe genau bestimmt ward; Wachs in die Kirche schenken und den Platz auf dem Kirchhofe gewinnen; — auch wohl baarfuß mit brennenden Kerzen von bestimmtem Gewichte bis zum Grabe wallen. Auch wurden Bußfahrten gen Rom, Aachen, zu den Einsiedeln und dem heiligen Blut aufgegeben [19]). Aber auch eine wahrscheinlich außer dem Wehrgelde bestimmte Summe wird oft durch landesfürstlichen Schied festgesetzt". — „Im Jahre 1466 hatte Heinz Helldorff den Martin von Lobmitz wegen einer Trifftgerechtigkeit erschlagen. Ernst und Albrecht entschieden hierauf zwischen den Kindern des Erschlagenen und den Vätern, daß Letzterer Geld zu Seelengeräthen erlegen, eine Reise nach Aachen und Rom thun, auch ein ehrlich Begängniß mit Vigilien und Seelenmessen halten lassen sollten, wobei Freunde des Erschlagenen mit Speise und Trank erquickt werden mußten. Endlich sollte Helldorf für die zu wohlfeil erkaufte Trifft und für ein Holz eine gewisse Summe nachgeben" [20]). Von besonderem Interesse aber ist neben den erwähnten Weisen der weltlichen und geistlichen Buße, welcher sich der Todtschläger unterzieht, dessen Gelöbniß, den Angehörigen des Entleibten, so fern sie es ihm gestatten wollten die Stelle desselben zu vertreten, ihnen als Sohn in Liebe zu dienen oder für die Kinder als Vater treulich zu sorgen. Dieß wird in einer tief ergreifenden Weise ausgesprochen. So heißt es in einer andern von mir mitgetheilten Versöhnungsakte, nachdem die bereits angeführten Leistungen festgestellt sind, auch daß der Thäter „den Vater des Erschlagenen demüthig bitte, daß er ihm die Uebelthat des an seinem Sohne begangenen Mordes lauterlich um Gottes willen vergeben wolle", — zuletzt: „Und ob er des Erschlagenen Vater immer in Nöthen gesetzt sähe, soll er Ihn helfen schützen und Ihm und allen den Seinen sonst Freundschaft und Liebe,

---

[19]) Osenbrüggen a. a. O. S. 29.

[20]) v. Langenn: „Herzog Albrecht der Beherzte". Leipzig 1838 S. 329. Am Ende wird bemerkt: „Oft wird Alles hartnäckig verweigert; es folgt dann die Strafe".

dieweil er lebet, erzeigen [21]). Und in einem andern Fall der wegen Todtschlages zwischen dem Thäter und der Frau, den Kindern und Freunden des Erschlagenen gemachten „Verwilligung“: gleichfalls nach vorgängig verbüßter weltlicher und geistlicher Buße“ — „Ruppert hat vor sitzendem Rath gelobet, rechte Bürgschaft und Freundschaft zu leisten, des ermordeten Lorenz von Bandow nachgelassenen Kindern, ob ihnen ihre Eltern abgingen, daß er sie zu ihm nehmen und sie ernähren will, bis sie sich selbst ernähren können, und sich gegen ihnen halten, als ob sie seine eignen Kinder wären“ [22]).

Man könnte nun auch dieß unter den Gesichtspunkt der gedachten, eine Entschädigung oder Gutmachung bezweckenden Leistungen stellen. Zwar vermag der Verlust, den die Kinder durch den an ihrem Vater, oder den dieser durch den an dem Sohne verübten Todtschlag erlitten haben, niemals ersetzt zu werden. Aber für das Aeußerliche läßt sich wenigstens einigermaßen, wenn die Voraussetzungen vorhanden sind, ein Ersatz denken. So die in jenen Verträgen übernommene Pflicht der Ernährung, Unterhaltung, der Fürsorge. Auch findet sich solches wohl in späteren Gesetzgebungen und so ausgesprochen, daß der — nur nicht in persönlicher Thätigkeit und Liebeserweisung, sondern in Entrichtung eines Vermögenswerthes bestehende — Ersatz von Rechtswegen in Anspruch genommen werden kann, ohne daß es hiezu eines Vertrages und der Mitwirkung der Kirche bedurfte [23]).

---

[21]) Meine Abhandlung: „Zur Geschichte des deutschen Strafrechts“ a. a. O. Bd. XVI. S. 335.

[22]) a. a. O. S. 336. Ich muß hier die dort schon gemachte Bemerkung wiederholen, daß das Wort „Mord“ wohl nicht in dem technischen Sinn und im Gegensatz zu Todtschlag zu nehmen sei, wie wir den Unterschied schon nach Art. 157 C.C.C. bestimmen. Es ist vielmehr überall nur der eigentliche Todtschlag zu verstehen. Bei diesem konnten die Betheiligten und die den Vergleich vermittelnden Geistlichen auf eine Gesinnung rechnen, welche Vertrauen erweckte und wonach überhaupt jene Sühne möglich war. Bei dem Morde, der nicht in der Aufregung des Augenblicks beschlossenen und vollführten Tödtung, sondern des mit Ueberlegung gefaßten Plans und ausgeführten Entschlusses des Angriffs auf das Leben des Nächsten, konnte für solches Vertrauen und so überhaupt für jene die Strenge des Gesetzes abwendende Sühne kein Raum sein, und es trat jene nach den gewöhnlichen Grundsätzen des Strafrechts und vorgängigem rechtlichen Verfahren regelmäßig ein.

[23]) Schon im römischen Recht finden sich Bestimmungen über den

Dieser rein rechtliche Standpunkt tritt jedoch für die Periode, von welcher die Rede ist, gegen die unzweifelhaft tiefere zurück, welcher die kirchliche Auffassung eigenthümlich ist.

Schadenersatz bei Tödtungen, Verwundungen, selbstverständlich wenn das Objekt der widerrechtlichen Handlung ein Sclave war, wo der Herr desselben eine Vermögensentbehrung oder Minderung erlitt, worauf sich die Vorschriften der Lex Aquilia beziehen. Aber auch sonst, und von jener rein privatrechtlichen Auffassung abgesehen, wo dann die legis Aquiliae actio als utilis oder in factum gestattet war, freilich mehr bei Verletzungen L. 13 pr. D. *ad leg. Aquil.*, als bei Tödtungen „quia liberum corpus nullam recipit aestimationem" L. ult. D. *de his qui effud. vel dej.* und „quia in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest". L. 1 §. 5 D. eod. Allein nicht nur half, für die in solcher Weise nicht zu verfolgenden Verletzungen die injuriarum actio aestimatoria §. 9 J. L. 7 §. 8 D. *de injur.*, sondern es mochte auch wohl der Schlußsatz der ang. L. ult. D. *de his qui effud.* über das zu Ersetzende „praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est, (nehmlich der Herr des verletzten oder getödteten Sclaven) ob id, quod inutilis factus est (nehmlich der Verletzte oder Getödtete) eine analoge Anwendung auf die von dem letztern zu ernährenden Angehörigen, finden. L. 21 §. 2 D. *ad leg. Aquil.*, die allerdings nur von Sclaven handelt, aber am Schlusse einen allgemeinen Grundsatz ausspricht, welchen die Praxis und spätere Gesetzgebungen angenommen haben. „Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit, cum occideretur: an potius quanti interfuit nostra, non esse occisum? Et hoc jure utimur, ut eius quod interest, fiat aestimatio". Vgl. Glück, Erläuterung der Pandekten Bd. X S. 340. Im deutschen Recht kommt Alles dieß nicht selbstständig in Betracht, da im Wehrgeld, der Composition, der Schadenersatz im weitesten Sinne und die Buße, inbegriffen sind, woran auch nach der spätern Sonderung in Buße und Wette, dem Ausscheiden des an die öffentliche Gewalt fallenden fredus nichts am Wesen der Einrichtung geändert wird. J. Grimm, deutsche R. A. S. 628. Seitz, Untersuchungen über die heutige Schmerzengeld-Klage. Erlangen 1860. S. 100 Note 2 und S. 172 Note 3. Die in dem Richtsteig neben den bürgerlichen und peinlichen erwähnten gemischten oder gemengten Klagen — die „mit den römischen actiones mixtae nur den Namen gemein haben" — beziehen sich nicht hierauf. Vgl. Cap. 5 und Homeyer, „Der Richtsteig des Landrechts nebst Cautela und Premis". Berlin 1857. S. 445. Das Geschichtliche insbesondere im Anschluß an die P. G. O. und mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen, namentlich die Preußische, habe ich erörtert in der Abhandlung „von der Geltendmachung der durch eine strafbare Handlung begründeten privatrechtlichen Ansprüche des Verletzten" in Goltdammer's Archiv III. S. 577. 582 ꝛc. S. noch die auf die neuste insbesondere „Württemb. Gesetzgebung" mit vergleichender Rücksicht auf das gemeine Recht, sich beziehende treffliche Abhandlung v. Wächter's im Archiv für civilist. Praxis Bd. XXIII. S. 33. S. 80 (Schadenersatz bei Tödtungen).

Für das, was zwar jetzt und seit längerer Zeit keine strafrechtliche Bedeutung mehr hat, und nur gelegentlich etwa, als Beitrag zur Sittengeschichte erwähnt wird, was ohnehin nicht Gegenstand gesetzlicher Vorschriften sein kann, liefern die älteren kirchenrechtlichen Quellen einige höchst beachtenswerthe Belege, die ich um so mehr glaube hier in Bezug nehmen zu sollen, als sie bisher von den Bearbeitern der einheimischen Rechtsgeschichte nicht berücksichtigt worden sind [24]). Einen Vorwurf will ich damit nicht aussprechen. Zwar kann man fordern, daß, wer mit der Geschichte des Strafrechts und seiner Gestaltung in den verschiedenen Perioden sich beschäftigt, sein Quellenstudium auch auf die verwandten Gebiete erstrecke, wohin unzweifelhaft auch das kirchliche Strafrecht gehört: aber man kann zugeben, daß das, was hier der Gegenstand der Erörterungen ist, die christliche Sühne und Buße weniger dem Strafrechte im engeren Sinne [25]), als dem Gebiete des Gewissens und der sich bethätigenden Reue, nach bekannter Schuld, zuzuweisen sei. Dennoch liegt die Beziehung zu dem weltlichen Strafrecht nicht fern, da durch diese Versöhnung die Strenge desselben ausgeschlossen und also eine besondere auch von der weltlichen Macht anerkannte praktische Folge, ja auch unter deren Mitwirkung und Schutz herbeigeführt wird. Dieses, also doch auch für die Rechtsgeschichte erhebliche, wie thatsächlich für die Strafrechtspflege, als dieselbe beschränkend, einflußreiche Verfahren muß in dieser seiner Bedeutung gewürdigt werden. Dadurch geschieht jener tieferen Auffassung kein Eintrag. Es bedarf für dieselbe keiner weiteren Ausführung. Ich lasse die Hauptstellen, die ich mir bei wiederholtem Studium der erwähnten Quellen bemerkt habe, zum Schlusse folgen:

Poenitentiale Vinniai. §. 22.

„Si quis clericus homicidium fecerit et occiderit proximum

Doch scheint mir in dem Gesetz „über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen“ vom 5. Sept. 1839 und von dem Verfasser dem nur in großer Beschränkung geltenden Satze: „volenti non fit injuria“ für einige Fälle zu viel eingeräumt zu sein. Die Verbindlichkeit zu der bei der Tödtung allein möglichen und rechtlich in Betracht kommenden Entschädigung ist hier und überhaupt anerkannt.

[24]) Die Bußordnungen der abendländischen Kirche. — Herausgegeben von Dr. F. W. H. Wasserschleben. Halle 1851.

[25]) In der That ist auch in den Schriften über das kirchliche Strafrecht von dieser besondern Sühne nicht die Rede.

suum et mortuus fuerit, X annis extorem fieri oportet, et agat poenitentiam VII annorum in alia urbe, et tribus ex ipsis cum pane et aqua per mensuram poeniteat et tribus XLmisjejunat cum pane et aqua per mensuram et IIII abstineat se a vino et a carnibus, et sic impletis X annis, si bene egerit et cumprobatus fuerit testimonio abbatis seu sacerdotis qui cummissus fuerat, recipiatur in patria sua et *satisfaciat amicis eius quem occiderat, et vicem pietatis et obedientiae reddat patri aut matri eius, si adhuc in corpore sunt et dicat: Ecce ego pro filio vestro quecunque dixeritis mihi faciam.* Si autem non satis egerit, non recipiatur in eternum“ [26]).

Im Ganzen übereinstimmend, kürzer, und in Betreff der am Schlusse erwähnten Verweigerung der Versöhnung mit den Verwandten des Getödteten, die Folgen anders und mit größerer Rücksicht auf weltliches Recht, anordnend:

Poenit. Columban. B. Cap. I.

„Si quis clericus homicidium fecerit et proximum suum occiderit, decem annis exul poeniteat. Post hos recipiatur in patriam si bene egerit poenitentiam in pane et aqua, testimonio comprobatus episcopi vel sacerdotis cum quo poenituit, et cui commissus fuit, ut satisfaciat parentibus eius, quem occidit *vicem filii reddens et dicens: Quaecunque vultis faciam vobis.* Si autem non satisfecerit parentibus illius, numquam recipiatur in patriam, sed more Cain vagus et profugus sit super terram“ [27]).

Ferner Cap. XIII.

„*Quicunque* fecerit homicidium, id est proximum suum occiderit, tribus annis inermis exul in pane et aqua poeniteat

---

[26]) Wasserschleben S. 113. vgl. S. 11. Das zu den altbritischen oder irischen gehörige Poenitentiale gehört wohl den letzten Jahren des fünften Jahrhunderts an; ferner zu vergleichen Cap. LXIII (S. 342) des *Poenit. Pseudo-Egberti* über die zu erlangende göttliche Gnade.

[27]) a. a. O. S. 365. vgl. S. 12. Vom fränkischen Reiche und wohl nicht später als zu Anfang des siebenten Jahrhunderts, da Columban 615 starb. Das Werk benutzt die früheren irländischen, britischen und angelsächsischen Beichtbücher, ist aber doch in Betreff des Stoffes und der Anordnung eigenthümlich und wie überhaupt, so auch in dieser Beziehung Vorbild und Grundlage einer langen Reihe fränkischer Beichtbücher geworden. a. a. O S. 13 mit S. 52 ꝛc.

et post tres annos revertatur in sua *reddens vicem parentibus occisi pietatis et officii*, et sic post satisfactionem judicio sacerdotis jungatur altario"[28]).

Wieder nur von dem Kleriker, und ähnlich wie in den andern diese betreffenden Bußordnungen, handelt:

Poenitent. Merseburgense. a. Cap. I.

„Si quis clericus humicidium fecerit et proximum suum occiderit, X annis poeniteat, postea recipiatur in patria, si bene egerit poenitentiam in pane et aqua, testimonium comprobatus episcopi vel sacerdotum, cum quibus poenituit et cui commissum fuit, *et satisfaciat parentibus ejus, quem occidit, vicem filii reddens et dicens: Quaecunque vultis, faciam vobis.* Si autem non satisfecerit parentibus illius, nunquam recipiatur in patria, sed more Cain vagus et profusus sit super terram"[29]).

Aehnlich und fast wörtlich mit den vorstehenden übereinstimmend

Poenit. Parisiense.[30]) Cap. III.

und kürzer:

Poen. Bobiense. Cap. I.

„Si quis clericus homicidium fecerit, et proximum suum occiderit, X annos exsul poeniteat. Post hos recipiatur in patriam cui conmisit, *satisfaciat parentibus eius*, quem occidit"[31]).

Die Anwendung jener Grundsätze in den folgenden Jahrhunderten, insbesondere in deutschen Ländern, mußte sich zum Theil anders gestalten. Es genügt, daß sie in der Hauptsache der Stiftung des Friedens, der Sühne sich bewährten. Für die

---

[28]) Die beiden vorher mitgetheilten Stellen beginnen mit den Worten: „*Si quis clericus*", die gegenwärtige: „*Quicunque* fecerit homicidium" und unmittelbar vorher heißt es am Schlusse von Cap. XII: „Sed haec de *clericis et monachis* mixtim dicta sint, caeterum de *laicis*".

[29]) a. a. O. S. 391. Dem Columban verwandte Bußordnung. Wohl jünger als das siebente bz. achte Jahrhundert. a. a. O. S. 58.

[30]) vgl. Wasserschleben a. a. O. 413 mit S. 438 und S. 58.

[31]) a. a. O. S. 407 mit S. 57. Dieses und das vorher angeführte aus dem siebenten höchstens der ersten Hälfte des achten Jahrhunderts. Grundlage sind Columban und fränkische Concilien. Neben andern haben „das Pariser und das Bobbische Beichtbuch den Vorzug höhern Alters und das Gepräge größerer Originalität, während bei den übrigen der Charakter von Excerpten mehr hervortritt". S. 58.

geschichtliche Untersuchung ist es von Werth, eine bestimmte Grundlage in ausdrücklichen Vorschriften zu ermitteln, wenngleich zunächst nur in geistlichen, und auf das forum internum sich beziehend, doch nicht ohne den größten Einfluß auf das weltliche Verhalten. Ob jenes Erbieten des Todtschlägers, dem Vater der Mutter des Getödteten in Gehorsam Sohnesstelle zu vertreten, von besonderer praktischer Bedeutung gewesen, nachdem der Frevler zehn Jahre als Büßender im Auslande sich aufgehalten, wo nicht selten die Möglichkeit einer Bethätigung des guten Willens fehlte, kann gefragt werden. Bei den Laien waren nur drei Jahre Verbannung gesetzt. Größere Bedeutung und leichtere Anwendung fand gewiß der Grundsatz, so wie wir ihn in Deutschland finden. Die dem Schuldigen (wenn er nicht Clericus war und hier sofort durch die Ueberweisung zur Buße an eine geistliche Behörde Schutz genoß) bestimmte drohende Gefahr, der Rache [32]) oder in der folgenden Zeit der weltlichen Strafgewalt zu verfallen, das alsbald, und nicht erst nach einer Reihe von Jahren den Aeltern des Entleibten, oder dem Vater oder der Mutter —

[32]) In den Sühneverträgen (Thädigungen, Theidigungen, liebliche Richtungen) zwischen dem Todtschläger und der. Sippe des Entleibten, welche Osenbrüggen a. a. O. S. 29), aus der Schweitz anführt, findet sich von dem, was ich hier und sonst mitgetheilt habe, keine Erwähnung. Wenn es in einem Urtheil (noch v. J. 1660), welches aber von jenen Richtungen „nach Form und Inhalt" nicht verschieden ist, heißt: d) „Er soll allen Denen, die dem Getödteten näher als im Grad der Geschwisterkinder verwandt sind, ausweichen auf Stegen, Wegen, Stapfen, Straßen, in Holz und Feld, zu Wasser und zu Land, in Städten und Dörfern, in Flecken und auf Märkten; er soll auch in kein Wirthshaus, in keine Badstube gehen, kein Schiff betreten, in welchem sich Freunde des Entleibten befinden" — so liegt hier wohl die Ansicht der Nothwendigkeit, neuem Streit und Kampf möglichst vorzubeugen, zu Grunde. War aber dieß nicht, sondern vielmehr jenes Ausweisen, ein Theil der doch auch als Strafe sich äußernden Buße, so lag doch darin, in der Erklärung, die Betheiligten wollten und sollten einander nicht begegnen, eine ganz andere Auffassung, als diejenige ist, welche die Bußbücher und nach denselben die die deutsche Sitte bekunden. Und selbst die weitere Bestimmung: e) „Er soll sich überhaupt und besonders gegen des Entleibten Freundschaft sehr ruhig verhalten" läßt nur jene unter d) gedachte Vorbeugungsmaßregel und eine an den Schuldigen ergehende Warnung erkennen. Es ist etwas Negatives und weit entfernt von der positiv sittlichen Leistung, welche darin verheißen wird, an Sohnes Statt Liebe und Pietät zu erweisen.

wenn sie selbst einwilligten, gethane Erbieten jene tiefere Genugthuung zu geben — begünstigten den Vergleich und sicherten den vortheilhaften Einfluß der Kirche.

Ueber Cassiodor. Variar. XII. 9.

Von

Herrn Professor Dr. Dahn in Würzburg.

Paschasio praefecto annonae Senator Praefectus Praetorio.

(§ 1.) Pietate plenum est, peregrinam gentem publicis beneficiis obligare et non tantum consanguineos ad substantiae lucra mittere, quantum ipsos quoque advenas invitare.

(§ 2.) Hereditas, quae est sine proximis, absque parentela successio solaque fide (l. fides) generis est, patrios sonare sermones.

(§ 3.) Afer enim sic expetit beneficia, ut sibi olim doceat fuisse concessa, donum sine accipientis nomine praeter personam largitas: (§ 4) quia primum collatum est genti, ut postea potentium (petentium) vocabulum potuisset affigi.

(§ 5.) Hinc est, quod jure quodam postulant hereditates alienas; et illis tantum videtur competere, quod Romanus non potest in causis similibus obtinere.

(§ 6.) Beneficium tale non habuerunt in patria sua, sed hic omnes sub hac conditione parentes sunt: universa natio, quantum ad successionis beneficium, una familia est. —

(§ 7.) Quo circa experientia tua preces illius diligenti examine discutiat et si re vera ille, quem suggerit de hac luce migrasse, filios non reliquit, nec ab alio constat rationabiliter possideri, introductionem memoratae rei officium vestrum celebret ex more.

(§ 8.) quatenus antiqua pietas regnantum praesentium reparet beneficia dominorum et possit pro illis supplicare, sub quibus se magis intelligit votiva meruisse.

(§ 9.) resumat facultatem, quam se suspiraverat amisisse.
(§ 10.) peregrinum se ultra dicere non poterit, qui optata jura (l. rura) conquirit.
(§ 11.) habeat possessorum similem dignitatem et jam tributa reparatus inferat, qui opem ab alienis manibus expetebat.
(§ 12.) gaudeat, se ad hoc perductum, ut daret: qui (l. quod) utique nisi habenti non probatur emergere;
(§ 13.) caeteris dominis in hac tantum sorte deterior, quoniam alienare nequivit (l. nequibit), quod possidere praevaluit.
(§ 14.) sed et hoc quoque credimus magna aequitate repertum, ut, qui loco succedit pignoris, (?) substantiam suam affectu (effectam?) patris jure servet extraneis.
(§ 15.) miseratione pastus, nunc pascat et alios.
(§ 16.) felix illi contigit et, praedicanda captivitas, Romana civitate perfrui et Afrarum privilegiis potuisse misceri.

[Anmerk. Die primären Lesarten sind die der editio princeps von 1533, die eingeklammerten die der Ausgabe von Garet. von 1679; die Paragraphen-Eintheilung habe ich der Bequemlichkeit des Citirens wegen beigefügt.]

Während der Arbeit an der III. Abtheilung der „Könige der Germanen", welche die Verfassung des ostgothischen Reiches in Italien darstellt und die Varien Cassiodor's als Hauptquelle zu benutzen hatte, stieß ich auf eine nicht kleine Anzahl noch nicht erklärter und schwer zu erklärender Stellen in dieser Sammlung. Eine von diesen ist lib. XII. ep. 9; hier sind die thatsächlichen Verhältnisse ziemlich klar, nur das Rechtsinstitut, welches angewendet werden soll, ist, mir wenigstens, nicht genau bestimmbar.

Bei der geschraubten Dunkelheit cassiodorischer Redeweise wird eine Verdeutschung dessen, was gesagt werden wollte, nicht überflüssig sein.

Vorher einige einführende Worte zur Orientirung. —

Cassiodor schreibt als Präfectus Prätorio an den Präfectus Annonä Paschasius. Letzterer begegnet in den Varien und in den übrigen Quellen der Zeit nicht mehr; sein wohlbekanntes Amt, dessen Functionen die Formel Var. VI. 18 schildert, wird vor ihm von Abundantius und Andern bekleidet. Jene Formel läßt ihn lediglich mit der Beischaffung und Vertheilung von

Lebensmitteln, namentlich Getreide, zu thun haben, nicht über Liegenschaften verfügen, wie unsere Stelle voraussetzt.

Cassiodor bekleidete die Würde eines praef. praet. fünf- oder sechsmal [1]).

Gleichwohl können wir wenigstens annähernd die Zeit jenes Erlasses an Paschasius bestimmen. Es wird ein kriegsgefangener Afrikaner vorausgesetzt: nun wurde zwischen dem Ostgothenreich und dem Vandalenreich in Afrika nie Krieg geführt, und es kann ein „Afer" nur dadurch in gothische Kriegsgefangenschaft gerathen sein, daß er nach dem Fall des Vandalenreichs den Fahnen Belisars als Söldner nach Italien folgte: wir wissen aus Prokop b. G., daß in der That solche „Maurusier", wie er sie nennt, in großer Zahl im Heere Belisars gegen die Gothen fochten. Die ersten Kämpfe des zwanzigjährigen Krieges fallen in das Jahr $5^{35}/_{36}$, und $5^{38}/_{39}$ trat Cassiodor aus der Präfectur und dem Staatsdienst überhaupt. Der Erlaß fällt also zwischen a. 536 und 538; und das Jahr 537 wird noch durch einen andern Umstand bestätigt. So wenig nämlich im Ganzen die Variensammlung chronologisch geordnet ist, in einigen Reihen läßt sich doch eine gewisse Zeitfolge nachweisen. Und dieß ist hier der Fall. Der kurz vorhergehende Erlaß XII. 7 ist aus dem Jahre 537 (XV. indictio) und der bald folgende XII. 16 (indictio prima) aus dem Jahre 538: es ist also mehr als wahrscheinlich, daß XII. 9 aus a. 537 stammt. —

Der Erlaß will sagen:

1) „Es ist eine Handlung voll Huld und Milde [2]), ein fremdes Volk durch öffentliche Wohlthaten zu verbinden und nicht bloß Blutsverwandte zu den Vortheilen des (Staats)vermögens zuzulassen, sondern sogar Fremdlinge dazu einzuladen.

2) Hier liegt (gleichsam) eine Erbschaft vor, die keine Verwandtschaft voraussetzt, eine Erbfolge ohne Geschlechtsgemeinschaft, und die einzige Beglaubigung der Abstammung ist, die (gleiche) nationale Sprache zu reden.

---

[1]) 1) a. 491. 2) a. 534 arg. duodecima indictio Var. IX. 25. 3) a. 535. XI. 35. XII. 2. 4) a. 536? 5) a. 537. XII. 7. 6) a. 538. XII. 16. 22.

[2]) Ueber pietas im Sinne Cassiodor's verweise ich auf Könige III.: „Absolutismus".

3) Der (dem praefectus Annonae diesen Erlaß vorlegende) Afrikaner erbittet sich (die gewünschten) Wohlthaten in der Weise, daß er nachweiset, sie sind ihm (eigentlich) schon seit Alters zugesprochen, es ist eine Schenkung, bei welcher der Name des Empfängers nicht bestimmt, eine Spende, bei welcher die bedachte Person gar nicht bezeichnet ist:

4) weil ja diese Wohlthat zunächst dem (ganzen) Volk (der Afrikaner) bestimmt ist, in der Art, daß erst später der Name des Einzelnen, der sie jedesmal erbittet, aufgezeichnet wird.

5) So kommt es, daß sie (die Afrikaner) mit einem gewissen Rechte fremde Erbschaften (von Nicht-Verwandten) in Anspruch nehmen und ihnen ein so Großes zusteht, als ein Römer in gleichem Falle nicht für sich geltend machen kann. (Der Römer beerbt nur Verwandte, nicht Volksgenossen als solche.)

6) Solche Rechtsvergünstigung haben sie (die Afrikaner) in ihrer Heimath nicht gehabt, hier aber (in Italien) sind sie alle unter dieser (einzigen) Voraussetzung (der afrikanischen Nationalität) Verwandte: Die ganze Nation wird, was diese Rechtsbegünstigung der Nachfolge betrifft, als Eine Familie angesehen.

7) Deßhalb untersuche Deine Erfahrenheit in sorgfältiger Prüfung (sein Gesuch) und wenn wirklich jener, dessen Tod er behauptet, keine (Söhne) Kinder hinterlassen hat und das Gut auch nicht von einem Andern rechtmäßig besessen wird, so nehme Dein Amt die Einweisung in die erwähnte Sache nach herkömmlicher Weise vor.

8) So daß die Milde und Gnade der Vorzeit den gegenwärtigen Herrschern Stoff zum Wohlthun gewähre und er (der Afrikaner) für Diejenigen beten möge, unter deren Herrschaft er sich an das Ziel seiner Wünsche gelangt sieht.

9) Er erwerbe wieder Vermögen, nachdem er den Verlust seines Vermögens zu beseufzen hatte;

10) er wird sich fortan nicht einen Fremden nennen können, da er die gewünschten Grundbesitzungen (Rechte) erwirbt.

11) er nehme eine den possessores ähnliche Stellung ein

und er, der von fremden Händen Unterstützung erflehte, entrichte jetzt, wieder erholt, Grundsteuer;

12) er freue sich, dahin gekommen zu sein, daß er (Steuerzahlung) geben kann, weil dieß nur demjenigen begegnet, der da hat,

13) den übrigen Grundeigenthümern steht er nur sofern nach, als er nicht wird veräußern können, was er besitzen darf.

14) Aber auch diese Einrichtung finden wir sehr billig angeordnet, daß er, der wie ein Pfandgläubiger im Besitz folgte, das sein gewordene Gut wie ein Vater (aber nicht für Verwandte, sondern) für Fremde verwahre (oder: daß er sein Vermögen mit der liebenden Sorgfalt eines Vaters mit Fug für Nichtverwandte verwahre).

15) Von der Barmherzigkeit unterhalten, unterhalte er jetzt Andere.

16) Eine glückliche und lobenswürdige Gefangenschaft hat ihn betroffen, römischen Bürgerthums sich zu erfreuen (oder der Stadt Rom?) und zugleich an den Privilegien der Afrikaner Theil zu haben".

Der Sachverhalt scheint nun folgender.

Ein Afrikaner (Afer; Maure, kein Vandale) ist in ostgothische Kriegsgefangenschaft gerathen (§ 16 captivitas), aber freigelassen und den römischen Einwohnern des Reiches gleichgestellt worden (sonst könnte er gar keine Rechte geltend machen). Er hat natürlich sein Vermögen verloren (§ 9 quam se suspiraverat amisisse), es ging ihm schlecht, er mußte betteln (§ 11 qui opem alienis manibus); da erfährt er, daß ein gewisser andrer Afrikaner (§ 2 patrios sonare sermones, § 4 collatum est genti, § 6 universa natio una familia), der im Besitz und Genuß eines Vermögens, und zwar eines Grundstückes war (§ 1 substantiae lucra, § 2 hereditas, § 7 introductio, § 10 optata rura, § 11 possessorum . . tributa), gestorben sei, und er stellt nun die Bitte, ihm dasselbe Vermögen unter gleichen Rechtsverhältnissen zu verleihen. Der praefectus praetorio beauftragt den praefectus annonae, die Richtigkeit der vorgebrachten Thatsachen zu prüfen und dann günstigenfalls die Einweisung in den Besitz vornehmen zu lassen.

Das Merkwürdige nun aber ist, daß hier nicht ein bloßes Almosen, nicht eine bedingte Schenkung, nicht ein precarium

vorliegt, sondern daß sich der Bittsteller auf ein Recht beruft, vermöge dessen er als Afrikaner einen Anspruch auf das durch den Tod des ersten Afrikaners erledigte Grundstück habe.

Es ist nun, so weit ich sehe, nur Eine juristische Erklärung für diesen Rechtsanspruch möglich, nämlich die Annahme einer Stiftung, ausgegangen von früheren römischen Kaisern, dotirt mit fiscalischen Grundstücken, bestimmt zum Vortheil von Afrikanern.

Alle Ausdrücke der Stelle stimmen so völlig zu dieser Voraussetzung und stimmen zu jeder andern so entschieden nicht, daß meines Erachtens keine andre Wahl übrigt.

Die Rechtsvergünstigung steht Afrikanern als solchen zu (§ 1 peregrina gens, advenae, § 6 universa natio, § 10 peregrinus, § 16 Afrarum privilegiis misceri).

Die den Afrikanern zugedachte Vergünstigung geht aus vom Staat, von den Herrschern, nicht von Privaten: (§ 1 publicis beneficiis obligare); es ist die pietas früherer Herrscher, welche das Institut geschaffen hat: diese macht es den gegenwärtigen Herrschern möglich, eine Wohlthat zu ertheilen (§ 8): daher soll der Bedachte diesen durch Gebet danken, mehr noch als den Begründern der Stiftung (das ist cassiodorische Hof-Logik). Es ist aber ein Act der pietas, welcher diese Institution geschaffen hat (§ 1. § 8); die substantia, deren lucra zugewendet werden (§ 1), steht offenbar im Eigenthum des Staats: deßhalb hat der praefectus praetorio und der praefectus annonae darüber zu verfügen.

Es ist ein der Inteſtat-Erbfolge vergleichbares Rechtsverhältniß: aber eine Nachfolge, bei welcher nicht Familienverwandtschaft vorausgesetzt wird: keine proximi, keine parentela: diese Familienverwandtschaft wird ersetzt durch die bloße Nationalität (§ 2). Es beruht das Institut, in Folge dessen der „Afer“ diese Wohlthat beansprucht, auf der milden Gesinnung früherer Herrscher (§ 8); diese haben vor Zeiten eine Schenkung errichtet, aber nomen und persona des Bedachten haben sie dabei nicht bestimmt, dem ganzen Volk als solchem ist die Gabe bestimmt und erst später wird in jedem einzelnen Fall der Name dessen bezeichnet, der sich darum bewirbt und sie erhält (§ 4): deßhalb kann der Afer sagen, was er jetzt (actu) erbitte, sei ihm (potentia) schon lange (olim) gewährt (§ 3). Dieß Recht ist einer

Erbschaft zu vergleichen, weil es die Erledigung des angewiesenen Vermögens durch den Tod des bisherigen Besitzers voraussetzt. An ein Familienfideicommiß ist aber deßhalb nicht zu denken, weil Blutsverwandtschaft ausdrücklich als unnöthig bezeichnet wird; eben deßhalb ist es auch nicht etwa ausnahmsweise Anwendung des römischen Intestaterbrechts auf Afrikaner (§ 5), „denn die Römer haben dieß Recht nicht". Ebensowenig aber wird, etwa nach dem Princip der persönlichen Rechte, afrikanisches Sonderrecht angewendet, das Erbrecht der Stammgenossen anerkannt, denn in ihrem Vaterland „haben sie dieß Recht nicht", nur hier werden alle Afrikaner behandelt, als wären sie Verwandte und Intestaterbfolge wäre eröffnet (§ 5. 6). Der bisherige Inhaber des Vermögens muß gestorben sein und darf keine Söhne (Kinder?) hinterlassen haben, diese würden also dem nicht verwandten Landsmann ihres Vaters vorgehen. Aber auch sonst soll kein berechtigter Besitzer durch den neuen Bewerber verdrängt werden; welcher Besitztitel aber käme hier in Frage? Mir scheint, zunächst bereits erfolgte, dem praef. praet. unbekannte, Wiederverleihung an einen andern afrikanischen Bewerber: denn schwerlich konnte der Verstorbene Pfandrecht oder Nießbrauch auch über seine Lebenszeit hinaus an dem Gut bestellen; und auch der Fiscus konnte, wenigstens nicht „rationabiliter", anderweitig über das Stiftungsgut verfügen (§ 7). Die introductio ex more (§ 7) geht auf die feierliche, bei der Uebertragung von Liegenschaften übliche Einweisung und bestätigt den Vorzug der Lesart rura vor jura in § 10. Da die Milde der gegenwärtigen Herrscher es ist, die ein Institut der Milde früherer Herrscher anwendet, hat der Bedachte Ursache, den jetzigen Herrschern zumeist dankbar zu sein (§ 8). Er erwirbt jetzt wieder Vermögen, das er seit seiner Gefangennehmung verloren und kann sich nicht mehr als Fremden empfinden, nachdem er die erwünschten Ländereien erlangt (§§ 9. 10). Daß hier rura zu lesen, beweist auch der Folgesatz: durch die Gewährung seiner Bitte erlangt der bisher bettelnde „Afer" eine Stellung wie die römischen „possessores" d. h. die grundsteuerpflichtigen Landbesitzer; wie diese soll er fortan tributa d. h. die Grundsteuer entrichten (und diese neue Last des Gebens soll ihn erfreuen, denn sie setzt voraus, daß er etwas zu geben hat (§§ 11. 12), Gegenstand der Stiftung waren also Grundstücke.

Es fragt sich nun, welches Recht erwirbt der Bedachte, Eigenthum oder bloßen Nießbrauch? Der Umstand der Grundsteuerpflichtigkeit würde noch nicht für Eigenthum beweisen, denn auch die coloni der königlichen Güter zahlten im Gothenstaat Grundsteuer. Aber ausdrücklich sagt § 13, nur darin soll er den übrigen Eigenthümern (caeteris dominis) nachstehen, daß er die besessenen Grundstücke nicht veräußern kann: also Eigenthum des Inhabers (vgl. § 14 substantiam suam effectam), aber mit Entziehung des Veräußerungsrechts ganz wie bei der Familien-Stiftung und andern Stiftungen. Unter Lebenden also keine Veräußerung: wie steht es aber mit der Vererblichkeit? Aus der Möglichkeit, daß die Söhne des ersten Afrikaners dermalen im Besitz seien (§ 7), folgt noch nicht die Vererblichkeit des Guts durch Testament oder ab intestato: denn denkbarerweise hätten die Söhne den Besitz nicht als Erben, sondern vermöge selbständiger Bewerbung und neuer Verleihung erhalten. Aus der Bemerkung, daß der zweite Afer die substantia extraneis, also Nicht-Erben, erhalten soll, folgt aber ebenso wenig der Ausschluß der Vererblichkeit: denn möglicherweise schreibt der praef. praetorio nur so, weil er weiß, daß dieser Afer keine Kinder hat. Doch ist mir in Erwägung von § 2 und § 6 der Ausschluß der Vererbung viel wahrscheinlicher. Gerade dieses Verbot der Veräußerung, dieses Gebot, das (Stiftungs)gut für andere nach seinem Tode (Stiftungsgenuß) zu Berufende, diese Einschärfung, dieselbe miseratio, die ihm zu Statten gekommen, auch für Andere zu ermöglichen (§ 15), spricht ganz entscheidend für die Annahme, daß wir es hier mit einer Stiftung zu thun haben; dazu stimmt auch der Schlußsatz: es ist ein privilegium Afrorum, an dem er Theil hat, und nur seine ihm zum Glück ausschlagende Gefangenschaft hat dieß möglich gemacht. Captivitas ist sicher eigentliche Kriegsgefangenschaft: nicht etwa bloß cassiodorische Umschreibung für eine Internirung, für eine glebae adscriptio, welche sich mit dem Genuß der Stiftung verbunden hätte. Das „romana civitate perfrui" ist doch wohl von Theilnahme an römischer Civität zu verstehen, nicht vom Aufenthalt in der Stadt Rom: wiewohl der Adressat des Erlasses wahrscheinlich der praefectus annonae urbis Romae, der copia romana, wie ihn Cassiodor ein andermal nennt, ist, wiewohl zweitens civitas romana in den Varien häufig urbs Romae be-

deutet und wiewohl es drittens ein cassiodorischer Lieblingsgedanke ist, der Aufenthalt in der Stadt Rom sei ein besonderes Glück. Allen diesen Gründen überwiegt doch der logische Gegensatz von römischem Bürgerrecht und afrikanischer Nationalität und deren Vorzugsrechten. —

Dieser, wie mich dünkt, von allen Seiten her zusammenstimmenden Annahme einer Stiftung scheint nun aber der räthselhafte § 14 entgegenzustehen.

Der größte Theil dieses Satzes ist seinem Sinne nach, trotz der Textverderbniß des Schlusses, klar; er will sagen: das Veräußerungsverbot ist ganz billig, der zweite Afrikaner hat ein ihm völlig fremdes Vermögen überkommen, es ist billig, daß er dieß fremde Gut so für andere Fremde (d. h. bloße Volksgenossen, Nicht-Verwandte) conservire, wie sonst ein Vater sein Gut für seine Erben: er soll sich wie ein Vater den andern Afrikanern gegenüber verhalten: dieser Sinn ist gewiß, mag man effectam oder affectu lesen.

Unerklärlich ist nun aber die Bezeichnung des zweiten Afrikaners als Eines „qui loco succedit pignoris". Sowie man pignus juristisch, technisch faßt, stimmt es zu keinem Wort der ganzen Verfügung. Wie soll der Afrikaner ein Pfandrecht an dem Grundstück des frühern Besitzers haben? In § 7, welcher die Voraussetzungen der Gewährung des Gesuchs enthält, ist sowenig von einem solchem Pfandrecht die Rede als in § 2, wo lediglich die Nationalität, und in §§ 3 und 8, wo die milde Schenkung früherer Herrscher als der einzige Rechtsgrund des herzustellenden Verhältnisses bezeichnet werden.

Ja, noch mehr: § 7 schließt die Annahme eines Pfandrechts des Bewerbers an dem Grundstück geradezu aus, denn er sagt, jedes Recht desselben würde wegfallen, wenn der frühere Besitzer Kinder hinterlassen oder ein Anderer rechtmäßig Besitz ergriffen hätte: daß aber beide Fälle ein früher erworbenes Pfandrecht des zweiten Afrikaners nicht ausschließen würden — es müßte ohnehin hypotheca, nicht pignus heißen — ist klar.

Man kann deßhalb pignus nicht technisch verstehen, nicht juristisch, sondern bloß rhetorisch, tropisch. Dieß gestattet nicht bloß Cassiodor's Schreibweise im Allgemeinen, dieß erlaubt unser Erlaß noch besonders, der ja auch in §§ 2. 5 und 6 von he-

reditas, in § 3 von donum in nicht streng juristischem Sinne spricht, und endlich die Rücksicht auf § 7 gebietet es.

Das „pignoris loco“ soll also bloß sagen: der zweite Afrikaner darf das Grundstück nicht veräußern, denn es ist nur anvertrauetes Gut, er hat es nur „on trust“, er soll, wie ein Pfandgläubiger, das Recht Anderer daran respectiren. Glücklich ist das Bild freilich nicht gewählt, aber das ist bei Cassiodor keine Seltenheit. Ich bemerke übrigens, daß ich schwerlich gewagt hätte, das pignus also hinwegzuinterpretiren, wenn nicht, völlig unabhängig von einander, Philologen und Romanisten, denen ich die Stelle vorlegte, das Wort für einen bloßen Tropus erklärt hätten. [Vielleicht darf man statt pignoris loco lesen: prioris loco.]

Diesen Sinn gibt die Stelle für sich allein betrachtet und lediglich aus sich allein heraus interpretirt: sehen wir nun zu, wiefern die Annahme einer Stiftung für gefangene, arme, hülfsbedürftige Afrikaner zu dem hier maßgebenden römischen Recht des VI. Jahrhunderts stimmt.

Die Existenz solcher Wohlthätigkeitsstiftungen steht für jene Zeit fest: die verdienstliche Untersuchung von Paul Roth in Gerber's und Jhering's Jahrb. I. 1857. S. 189 f. setzt dieß außer Zweifel: die daselbst S. 196 gesammelten Stellen bezeugen solche Anstalten schon in der heidnischen Zeit. Roth stellt daselbst die Vermuthung auf, daß in der ersten Zeit nach Anerkennung der christlichen Kirche die Armenpflege im römischen Reich noch nicht ausschließlich der Kirche zugewiesen war, da noch im IV. Jahrhundert die cura hospitalium domorum zu den sordida munera gezählt wird; „im V. Jahrhundert war jedoch“, sagt Roth, „die Armenpflege schon allgemein der Kirche zugewiesen“, auch die Wohlthätigkeitsanstalten, welche von den kirchlichen Behörden selbst oder von Privatleuten errichtet waren, gehörten zu den kirchlichen Anstalten jeder Diöcese“ (S. 197) und „das römische Recht kannte Privatstiftungen, d. h. solche, die nicht im kirchlichen Verbande standen, nicht“ (S. 199).

Man kann diesen Sätzen, welche Roth durch eine Reihe von Codex- und Novellen-Stellen über Controlle der Bischöfe belegt, im Ganzen nicht widersprechen und gleichwohl für unsern Fall eine Ausnahme nachweisen. Denn hier ist von irgend welcher kirchlichen Competenz keine Spur: der praefectus praetorio und

der praefectus annonae, zwei rein weltliche Staatsbehörden, erledigen die Sache allein miteinander: der eifrig kirchliche Sinn Cassiodor's würde sich eine Hinweisung auf kirchliche Einflüsse nicht haben entgehen lassen, wenn hiezu irgend Veranlassung bestanden hätte.

Diese Ausnahme von der durch Roth aufgestellten Regel läßt aber mehrfache Erklärungen zu.

Einmal lag es nahe, Stiftungen des Regenten von der Behandlung der Stiftungen von Privatleuten und kirchlichen Behörden selbst zu unterscheiden. Wenn bis ins V. Jahrhundert noch alle Stiftungen unter staatlicher, nicht unter kirchlicher Verwaltung standen, wenn insbesondere über Stiftungen der Regenten bis dahin der praef. praet. und der praef. annonae die Aufsicht führten, so begreift sich, daß man bei der zunehmenden Bedeutung der christlichen Kirche als Staatskirche zwar die von Privaten und vollends die ohnehin von kirchlichen Vermögen ausgehenden Stiftungen unter die Aufsicht des Bischofs stellte, die Stiftungen des Regenten aber der Competenz ihrer bisherigen Beamten nicht entriß, um so weniger, als manche dieser Stiftungen durch die Benutzung der Pfründner dem Eigenthum des Fiscus oder dem patrimonium principis gar nicht entzogen werden mußten, vielmehr den Stiftlingen nur ein Nießbrauch, ein precarium oder eine Emphyteuse eingeräumt werden konnte.

Zweitens wäre denkbar, daß die hier vorliegende Stiftung deshalb nicht von der (katholischen) Kirche verwaltet wurde, weil sie eine arianische war, weil die Stiftung von Theoderich, nicht von einem römischen Imperator, ausgegangen war: daß aber die arianischen Bischöfe im Gothenreich dem Herrscher gegenüber nicht die thatsächliche und rechtliche Stellung der orthodoxen Kirche gegenüber den Kaisern einnahmen, nicht die gleiche Organisation und privilegirte Stellung im Staat besaßen, ist selbstverständlich und auch positiv nachweisbar. Die freundschaftlichen Beziehungen Theoderich's zu dem afrikanischen Vandalenreich, dessen König Thrasemund er seine Schwester Amalafreda vermählte, und seine notorische freigebige Wohlthätigkeit gerade auch gegen Ausländer (s. Könige III. S. 151) legen wenigstens die Hypothese nahe und da der Erlaß erst unter Theodahad oder Vitigis erging, wäre die Bezeichnung des Stifters Theoderich

als antiquus **regnans** (deutet ohnehin auf Königthum, nicht auf Kaiserthum) nicht undenkbar.

Vergeblich habe ich übrigens im Cod. Theodos. nach Spuren von Stiftungen für **captivi** gesucht, deren Existenz die Note 69 bei Roth S. 202 anzudeuten scheint, wenn dabei nicht an spätere canonische Einrichtungen gedacht ist.

Felix Dahn.

Das Moringer Stadtrecht.

Aus dem Moringer Copialbuche

herausgegeben von

Herrn Dr. phil. Friedr. Steinhoff in Göttingen.

Moringen liegt im heutigen Herzogthum Göttingen-Grubenhagen, im alten Morongono-Gau und stand im 11. Jahrhundert unter der Grafschaft der Northeimer Dynasten. Neben den Northeimern hatten die Immedinger hier Besitzungen. Ihnen gehörte die curtis Morongo, wahrscheinlich die jetzige Stadt. Unwan, der Bischof von Bremen, übergiebt im Jahre 1016 seinen Haupthof, Moronge dictam, im Gau Morongono und in der Grafschaft Bernhard's von Northeim, an den Kaiser Heinrich II. mit dem Beding, denselben dem Hochstifte Paderborn, dem Bischof Meinwerk zu übergeben [1]).

Wie in der Folge diese curtis Moronge in die Hände der Rostorfer Edlen, jenes Geschlechts, über dessen Geschichte noch so viel romantisches Dunkel schwebt, gekommen ist, wissen wir nicht. Aber schon im Jahre 1354 begegnen wir dem Rathe und der Stadt Moringen urkundlich und, wie es scheint, üben die Rostorfer schutz- und grundherrliche Rechte dort [2]). In der letzten Hälfte des 14. Jahrhunderts gingen die rostorfischen Besitzungen auf Otto den Quaden, Herzog von Oberwald, über. Mit Hardegsen blieb Moringen von da an unter landesherrlicher Regierung. Große Freiheiten, den Schutz- und Grundherren gegenüber hat die Stadt niemals errungen. Das folgende Stadtrecht trägt ganz und gar den Charakter eines Hofrechtes; Mittelpunkt des städtischen Lebens ist der Amtshof, die frühere curtis dominica. Vertreter der Bürgerschaft jenem und dem Vogt gegenüber ist der Rath. Ueber Friedensbruch entscheidet in letzter Instanz das herzogliche Landesgericht auf dem Leineberge bei Göt-

---

[1]) Vita Meinwerci. c. 25.

[2]) Nach einer Verkaufsurkunde mehrerer Moringer Bürger an den Rath, von den Rostorfern bestätigt aus dem Jahre 1354.

tingen[3]). Aber was der Bürgerschaft der großen Städte Kraft verlieh[4]), finden wir auch in Moringen, wie in andern kleinen, aus Villen und Höfen hervorgegangenen Städten wieder. Zur Unterstützung des Landesherrn treten sie gemeinsam zur Aufrechterhaltung von Landfrieden zusammen. Als Otto Cocles seine Herrschaft, darunter auch Moringen, an den Herzog Wilhelm von Braunschweig abgetreten hat, ist es sogar nöthig für diesen, wegen der Burg in der Stadt und des Einlasses in dieselbe einen besondern Pact abzuschließen mit den Bürgern und dem Rathe. Wie sich ein gewisser Wohlstand und Reichthum entwickelt hat, davon zeugen die im Archive daselbst noch befindlichen Schuldbriefe der Herzöge aus dem 15. Jahrhundert, wofür dann wol ein Wald nach dem andern aus den herrschaftlichen Forsten errungen wird. Jedem Bürger lag die vollständige und kostspielige Bewaffnung ob. Die Erhaltung der Mauern war Gegenstand ununterbrochener Aufmerksamkeit der ganzen Gemeinde. Auf sie gerichtet waren wol die Bestimmungen der Stadtrechte und auch unseres, wornach auf Verletzung einer Mauer als Buße das Herbeifahren mehrerer Fuder Steine gesetzt war. — Das Rechtsleben war auch in solchen kleinen Städten nicht stagnirend. In demselben Archive, in dem das Copialbuch sich findet, dem dieses Stadtrecht entnommen ist, befinden sich die zwei schön- und wolerhaltenen Codices, des Sachsenspiegels mit der Glosse und eines niederdeutschen Remissorium über die letztere, welche Homeyer, Rechtsbücher n°. 451, 452, verzeichnet hat.

Von Uslar im Sollinge hat die Gemeinde zu Moringen ihr städtisches Recht entlehnt. Des Rathes dieser Stadt geschieht urkundlich schon 1269 Erwähnung[5]).

Das Copialbuch, dem das hier folgende Stadtrecht entnommen, enthält noch manches der Veröffentlichung wol werthe Material. Zunächst eine Reihe von Urkunden, Abschriften, einige sehr fehlerhaft von Domeier, „Chronik der Stadt Moringen. Göttingen 1753.", andere neuerdings anderswo nach Originalen edirt, meistens aus dem 14. und 15. Jahrhunderte, Schöffensprüche, Landfriedensbestimmungen, noch ungedruckt aus denselben Jahrhunderten. Zwischen all' dem Materiale, über dessen Werth ich mir vorläufig kein Urtheil anzumaßen wage, unser Stadtrecht, für dessen Entstehung das folgende interessant sein dürfte. Die „ordele und rectschedinghe", wie sie von dem Rathe zu Uslar der Stadt Moringen angewiesen wurden, sind der Reihe nach allmälig aufgezeichnet wurden und zwar von verschiedenen Händen. In dem von mir § 1 bezeichneten Theile begegnet uns die erste Hand, die später nicht wiederkehrt, dann folgt in § 2—6 eine zweite, eine dritte § 7—20, von § 21—22 eine vierte. Hierauf die Erwähnung des Jahres 1468. Von dieser Hand rührt wol die Aufzeichnung der nun folgenden 5 Paragraphen. Dieselbe Hand hat auch, aber erst allmälig fast alles übrige eingetragen. Dieselben Züge, aber hier und da nachlässiger. Eine neue Hand endlich

[3]) Vgl. Grimm, Weisthümer IV. 677 f.
[4]) Havemann, Braunschweig-Lüneburgische Geschichte I, S. 638.
[5]) Origg. Guelf. IV, praef. S. 13.

mit größeren Zügen begegnet mir in den letzten Paragraphen des ersten Theiles unseres Stadtrechtes. Alle diese verschiedenen Hände aber gehören ungefähr derselben Zeit an; nur wenige Jahrzehnte können zwischen der Aufzeichnung der einzelnen Theile des Stadtrechtes liegen. Hier liegt uns also das Original des Stadtrechtes vor. Es folgen nun im Copialbuche wiederum Ausschreiben des Rathes, Urteilsprüche; dann beginnt, ebenfalls auf Papier geschrieben, der zweite Theil des Stadtrechtes mit den Worten: „Dut is, dat de rad vorbut to den echtedingen" in zwei Redactionen, jede ganz von derselben Hand geschrieben, in der Schrift sich unterscheidend, ohne daß ich zu bestimmen vermöchte, welche Redaction die ältere wäre. Die eine dieser Redactionen ist ausführlicher und enthält von der zweiten abweichende Bestimmungen. Ich habe die ausführlichere Redaction in den Text aufgenommen, die zweite dagegeu in die Noten verwiesen.

Der Zweck der obigen Publication wäre erreicht, wenn ich die Blicke geübterer Forscher in der Geschichte des 15. Jahrhunderts auf das mir in manchen Punkten neu und interessant scheinende Rechtsdenkmal lenken würde.

I.

Dut nagest sint ordele und rechtschedinghe (de) we angewiset syn von dem rade to Uszeller.

§ 1. Tom ersten, eyne knecht, de eyde don schal vorgherichte, de schal achteyn jar old wesen; wert dat he eyr den jaren to eyden gedrungen worde, wolde me nicht ome des geloven, so moste he de eyde vor wissen, de to donde wen he to solken jaren vorgescreven queme; vor velle he aver von dodes wegen eyr der tyd, so wore solke wissenheyt quid, de gescheyn wore vor solke eyde.

§ 2. Item eyn bur edder gast mach hyr den anderen nicht bekummeren, sunder eyn gast mach dez anderen gastes gut bekummeren.

§ 3. Item eynen medewoner schulle we vordegedingen glich unsem borger, dez we to rechte mechtich syn.

§ 4. Item eff eyn borger bekummerde gut in eynes anderen husz, de borger schal deme jennen, de den kumer gedan heft, to solker schült antworden, let he dat en wech bringen, dat bekummert was.

§ 5. Item we deme anderen schaden deyt und jennem by fromen lüden enbut solken schaden, alze eme gedan

hedde; wat de erkennen, dat wille he eme don und dar schall et de ander by lathen.

§ 6. Item wor twene to hope kemen, de sik slañ wolden und wapen wunnen, de wapen syn den herren. wore dar eyn armborst mede gespannen, wolde de dat mit synem rechte beholden dat he neymande dachte darmede to donde, so bleve de dez ane wandel und ane broke; eff he ok eyn mesßer toge edder wat were dat et woren dar brecht he vyff schillinge ane dez solt, de derde penigk an de herren und twey deyl an de stat[6]).

§ 7. Item eff eyn deme anderen dat syne aff erde aff tunde, grove edder hackede, dat schal men beseyn and dar na schal men dem jenen, de dat gedan hedde enbeden dat he dat in vertenachte wedder kere. Dede he dez nicht in sodanner tyt, so brecht he vyff ferdinge an dy herren und noch dat unrechte wedder to keren[7]).

§ 8. Item eff eyn deme anderen dat syn affhackede und dar ume . . . . [8]) worde, dat he dat in freude gedan und de andere dez so nicht . . . . [8]) dar up use gnedige herren gefraget hewen ef se an deme cleger . . . . . . [8]) sodann recht behilden alze he de ienen bringen wolde; wen de erste syn recht dar wor deit dat he dez nicht in freude gedan hedde so synt se dez beide von den herren alzo dat se dez beyde ane broke bliven.

§ 9. Item der statt knecht mach eynen guden man vorboden up der straten und nicht in synem husz. Item eff eyn den anderen beschuldigede, dat he ene schalk hedde hetten und dez so bekende, de brecht XIIII ß, der fallen IIII an de herren IIII an de stait und VI an den sake wolden.

§ 10. Item eff he forder beschuldiget worde dat he

---

[6]) *Von einer anderen Hand nachgetragen:* Sleyt edder hauwet he aver darmede, so brigkt he do dem v ß. III p. edder wat dar up de rechte wiset.

[7]) *Von einer anderen Hand nachgetragen:* Item dut is ok so gescheden up der herren ordele up dat plogen in de vorwart an er rote barge und up c" an sinem hove dar he den herren hadde affgehacket und dat water to gedemmet, an der herren lant gewiset.

[8]) *Hier hat das Msc. Lücken.*

one geworpen edder slagen hedde dat he blodede und dez so bekende, dar brecht he ane III ferdunge, eynen ferdung an de herren und j mark an de stait und dez sake wolden willen to maken; dez iss de rait eyn over man.

§ 11. Item eff eyn geworpen worde, so dat he nicht enblodede, dar breke he ane XIIII ß, der fallen IIII an de herren IIII an de stat und VI an den sakewolden.

§ 12. Item we deme anderen in dat syn ginge, alze in eynen hof edder in eyne wischen rede, edder fore, dat he hegen wolde*) de brecht VI ß und veir wecken ut der stait.

§ 13. Item wor eyn kofft erve edder land upp deme velde und hefft de kindere, de dat erve vorkofft, de mundich synt, werden se nicht ghevraget ume den kopp, eff se one vulleborden, so mogen se in den kopp spreken by jare und by dage. Wort awer, dat de vader dat erve verkofft von nod wegen edder von armode, so mosten de kindere den kopp vulborden edder mosten den kopp sulv betalen.

§ 14. Wor eyn borger sloge eynen uthman edder eyne frawen in der stad edder buten der stad, de brekt vertheyn schillinge gottingisch, den dridden deyl an de hern, den dridden deyl an den rad und den dredden deyl an den sakewolden.

§ 15. Eff eyn dem anderen pande settede vor syn gelt in syne were myd gudem willen und eyn ander schuldegede up de pande und erwunne de pande myd gherichte, de mostem dem ersten syn gelt wedder geven, er he sik dem pande genalede.

§ 16. Wor eynen worden pande gesad myd gudem willen unde de pande upp bode vor gerichte, de moste syn richtegelt uthgeven.

§ 17. Wor eyn upplop schege dat de lude to der straten kemen myd speten und barden und doch daz neyn shade affkeme, dat wapen is der hern ane armborste de ungespannen wore.

---

*) *Eine andere Hand. Fh:* edder sin kornte aff snede und entforde und de dridde pennich an de herren und dez sakewolden willen to makede.



§ 18. Wor eyn broder unde twe sustere wern dede ore gudere vor scheyden, wern dat eyn jewelk wuste, wat syn wore und der sustere eyn vor velle, dede kindere nalese, und darna de andere vorvelle ane liveserven so dat se maget were, dat gut erve upp den broder unde nicht upp de kindere der sustere.

§ 19. Wor twene weren dede schellhaftich wonen unde de rad on dar upp eynen vrede bode und or eyn dem anderen frede to sechte vor dem rade und or eyn den freden brike, breckt he myd worden und myd vorsate dat synd VIII mark gottingisch des vallen twe deyl an de stad und dat drideteyl an dey hern.

§ 20. Wor eyn uplop schege dat eyn den anderen hauwede und de so gehauwet worde reype: to yodote, unde vort clagede den vogeden unde de vogede one vort wiseden vor unß gnedigen hern hogeste gerichte unde de den hawdede upp den leyne barch vorbodet worde myd des landes knechte, und de sulve de den hauw dede dar des sakewolden willen makede un des greven und schultheid und de vogede denne mageden wat rechtes se an dem wapen effke manne hedden, wenn de jenne de den hauw gedan hefft von on so kumpt, so is he den hern vorder nichte plichtich von der sake wegen.

§ 21. Eyn gast edder eyn utman de mach eyn gerichte kopen vor IX gottingesche ß.

§ 22. Item efft de amptlude eynes gemeynes ordeles frageden up eynen borger, dat he eynem anderen scholde frevelcken wes entfort hewen edder der gelik, wo men dat setten mochte: dar up vinde wy to rechte; de . . . .[8]) moget den to richte vorboden laten un nomen sin antwort dar willen wy denne upscheden so vele rechtis. Anno etc. lxviii°.

§ 23. Item de ampt hefft gefraget eyn borger, de spreke in gerichte und des nicht bekende unde spreke, he heddet keyne sinen vorspreken gesecht, unde des de ampt dar nicht bylaten wilde, darup hewe wy ene ghewiset, he mote sik deß mit rechte entleddegen un sick des rechtes to donde aff dede. Dar up hewe wy den hern eyn sulfwolt to gescheden; dar des de ampt nicht bylathen wil und fraget

furder na dem he in sinen kegenwordicheit im gerichte gesprochen hewe unde doch des wedder ume louchede, dat de ampt doch sulves muntlike gehort hadde, un dat doch in rechte late over sik gan, eff he dat wol moge mit gelike dan hewen, und wat furder sin broke darume sin und wil des by dem ersten schede nicht laten: Dar up sin wy angewiset von dem rade to Usseler dar breke he weder nich anne mer, wen IV ß alz gescheden is; wil he on furder ane not nicht laten, mogen se on furder mit rechte bedegedingen.

§ 24. Item eff me eyne wonheyd hedde dat me de koe in eynem dorpe edder burschop ume hodde, un an den de hodde komen was uthdreve und hodde ume dat bleck, alze de neuber to vorn gedan hewen unde de viende kemen und drungen on von den koyen un sine koy mit sines neubers keygen verlorn, eff he ok furder einen neubern plichtich sy to antwordende to orem schaden. Item hefft he sine koy mit oren vorlorn in eyner openen scheide dar se vaken und velen inne ghewarnet worden so is he furder nemande plichtich to sinen schaden to antwordende.

§ 25. Item we den hern tynß plichtich is, dar se on vaken ume manen unde des nicht uthengene, to mogen de hern on vorboden laten un beschuldigede an gerichte alze andere unse borger don moten — also dat unse borger sik laten beschulden un ver weken dar na vorsumede, so vaken breken se eyn sulfwolt edder IIII ß.

§ 26. Eff ein dem anderen om in sinem huse overlepe und on worpe edder sloge dat he blodede, mid gewolt und mit wapen in der hand und so sinen husfrede breke, dar anne breckt he III gottingesche punt, eyn punt an de hern, eyn punt an de stad und eyn punt an den sakewolden und eyn jar buten der stadt to wesende dar to.

§ 27. We den anderen sloge, so dat he blodede, dar brekt he anne III firdung gottingesch 1 firdung an de hern, eyn mark an de stad und des sakewolden willen to makende.

§ 28. Eff eyn dem anderen sinen husfrede breke, on worpe edder sloge etc. dar ume sine moder, dar de husfrede anne broken wart, eynen wapenschrey dede, dat se to gerichte keme etc. dar breckt se nicht anne, sunder de broke von dem husfrede dempet dar inne den wapenschrey.

§ 29. Eff eyn dem anderen vor rederige to lechte und ower seggen wolde un dem ensoda to gelecht worde, sinen weddersaten dar ume bedegedingede, und jonnen vor sik sette in sineer antwort und de fogede met eme to felle, de jonne, de dar mede betegen wore, scholde sik des ersten entschuldigen, ehr he ome antworden wolde etc. Dar up schede wy, he kunne sik sodanner insage antword nicht erweren, sunder he mote eme antworden.

§ 30. Eff eyn borger eyne armborst spenne und neynen schaden mede dede; doch de herrn dat armborst efscheden un infurdern wolden, un de jenne des armborste nicht von sik don wolde, id en worde ersten erkand in rechte: darup scheden wy vor recht na anwisunge des rades von Usler: Behold de borger mit sinem rechte, dat he sin armborst gespannen hewe, sunder dat he sin liff und gud mide redden wolde, efft om we wes vordretes don wolde so brecht he dar anne des armborst nicht.

§ 31. Item eff de amptlude eynen borger anspreken, dat he one wes geclaget, ok to sage dan hedde, des de borger nicht bekende und de amptlude meynen den borger over to seggende etc. darup sin wy angewiset, dat de borger sik neyger sy mit sinem rechte to beholdende dat he nicht geclaget edder to sage dan hewe, wen de amptlude on over to seggende, na dem se ancleger sin.

§ 32. Eff eyn borger mit sinem wagen und perde eynen anderen borger sin queck dar nedder vore, dem de wagen und perde hort und to huß gat, de iß plichtich dem dat quek vordarvet iß to dem schaden des quekes plichte to antworden. Hefft he knechte, dar de den wagen gefort hedden edder de dat queck und den wagen jaget hedde dar mach he mit sinem rechte sinen schaden wedder anne soken.

§ 33. Item we den hern ore tegeden entfort, de brickt VIII ferdunge gottingisch an de hern.

§ 34. Eff eyn herde queck vorhodde unt gebeden worde, dat he dar wedder hon hodde und des nicht endede, de iß plichte to dem schaden des quekes plichte to antwordende na dem he eyn vormedet knecht to vorwarnde wat me ome vordrifft.

§ 35 [10]). Eyn vormedet knecht, de sinem hern entginge ut denste, dem is sin herre nicht plichte to lonende, id wore denne irkannt, dat sin herre ome soda unrecht und ungelik to foyget hedde, dat he von not den denst darume breken moste; so wore ome weß plichte na irkantnisse.

§ 36. Woret awer dat des knechtes eldern den knecht sinem herrn wedder to huß brochten edder bringen wolden und de hern on nicht wedder wolden etc. Is de knecht wedder to denste komen is he ome nicht plichte; awer kann he nicht wedder to denste komen, so denne sin her weygerde on wedder to nomende, so iß he ome weß plichte na erkantnisse, an to seynde de schult des hern und de schult des knechtes.

§ 37. Item eff de hern up eynen borger frageden dat he jegen den freden des rechtes gesecht und sproken hewe etc. Irkent rad und richte, dat he den frede des gerichtes gebroken hewe, so brikt he IIII ß gottingisch an de hern.

§ 38. Item eff eyn vorsette, he hedete not were gedan, dat schal he bewisen mit fromen luden, dat he de not were beschriget hedde edder de dat geseyn hewen dat he des nicht by wesen konde he moste sodan notwere don, und dar moch he tyd to hewen to der bewisunge dat he de tugen to richte bringen kunne.

§ 39. Item wostehuß edder woste stade sint den hern plichte tinß un bockhoven to gevende und der stad plicht to donde, we sik der genalen wille, weß me nicht vorlaten welle; utbescheden de boden de sin woste edder nicht woste de sin neynen rochowen plichte, de vorsteyt de man mit sinem howe an dem huße.

§ 40. Item we sik beschuldigen lethe ume tinße und de frevelike enthedde de breckt eyn sulfwolt, alzo vorgescreven steyt. sunder we mit rechte antwordet und dat me ome sodanß tinß owerwisen schulle edder wor von den tinß geven schulle, wen he deß berichtet und overwiset worde, so wille den geven — so brigkt he dar nicht anne.

§ 41. Item eff de hern eynen gemeynen wech ume schaden willen ores korntes to thunende dede; ehr to ge-

---

[10]) *Vgl.* § 46.

thunet worde, weme deß wegeß not wore und de thüne up breke und wedder to thünede, so breke he dar nicht anne.

§ 42. Item eff eyn velt romge[11]) wor to ginge upper lant, de romge[11]) und dat water mach de bedder man wisen an eyn ende upper den sinen ane eineß neybers schaden.

§ 43. Item eff wor eyn open slußе ginge edder gemaket worde over eyne gemeyne lantwere ume behoff willen der stad edder deß landes, der mach nemant to graven edder thünen sunder stad willen und we dar boven dede, de broke steyt in deß rades gnade.

§ 44. Item de hern moget eynen borger sin gud nicht bekummern edder vorbeden, sunder we on ore plicht nicht engifft, den moget se vorboden laten und dar ume beschuldigen.

§ 45. Item iß der borger richte not pinlik edder borblike[12]) edder andere richte, dar sint se den hern neyneß sunderliken gelde vor plichte, sunder geyt das pinlik richte ower mit der veste, so moget de hern deß vestegeld war nomen.

§ 46. Item wen eyn vormedet knecht sinen hern enginge buter tyd, den iß sin her nicht plichte to lonende, id wore denne irkant, dat sin her ome sodar ungelik to foyget dat he deß nicht vorholden konde; so iß he ome na der tyd weß plichte. Woret awer dat eyn sinen hern entginge und sine eldern on ome wedder to huß brochten und den nicht wedder wolde — Iß de knecht, den sin her nicht wedder wolde, wedder to denste komen, iß he ome nicht plichte; awer kan he nicht wedder to denste komen, und iß noch under horsame siner eldern und weigert one wedder to nomende, so iß he ome weß plichte und so schal me anseyn de schult des hern und ok des knechtes, wor ume on de her nicht wedder nomen wolde.

§ 47. Item wor gude bekummerd worden mit der stad knechte mit der hern gerichte, we de gudere angrepe ane deß sakewolden willen, de breke 5 ß an de hern, so manich dat breke, so furder on witlik worumme; isset awer on vnwitlik, deß moget se sik entleddigen mit oren richten,

[11]) *sic.* [12]) borklike?

geschege dat awer mit deß sakewolden willen, dar hewet de hern neyn recht anne.

§ 48. Item wor gud bekummert worde in eynß manß huse, langet se de sakewolde dat ut dem kummere ut dem huse, dar brekt de wert nicht anne.

§ 49. Item we dem andern spreke in sin eygen und erve und worde des nedder vellich, de brigkt v ß an de hern und de sakewolde hefft to ome neyn recht mer.

§ 50. Item we dem andern wat entforde edder neme vnwitlik by schoneme dage, edder by schinen der sunnen, de breke eynen sulfwolt und dat unrechte wedder to kerende edder willen dar ume to hewende edder entleddige sik mit sinem rechte dat he deß nicht gedan hewe.

§ 51. Item we dem andern sege, he hedde ome dat sin genomen und konde deß nicht up on erwisen, de brigkt v ß an de hern.

§ 52. Item wor eyn von den anderen ginge mit sinen eyden vor der hern gerichte und den sulven wedder schuldigede ume sake, de in de sulven sake trede, de breke v ß. Item efft eyn den andern beschulde ume sake, de in eyne sake trede, dar de rad rede ower gescheden hedde, de brigkt eyn sulfwolt an de hern.

§ 53. Item we dem anderen overlast dede in sinem hußе mit worden edder mit warken, darna schulde und antworde ludet, isset eyn erspracke, so brigkt he II mark. Sint dat scheltwort, brikt he XIIII ß. Sleyt he aver stegkt edder hauwet in dem huse, dar brikt he anne v ß; de dridde pennich an de herrn und 1 jar buten der stad to wesende und deß sakewolden willen to hewende.

§ 54. Item eff wat to broken worden in eyner open tafferne, dat woren kannen glasse edder krosze wo me dat benomen mach, dat schalme gelden vor sodan gelt, alze dat gekofft iß und brigkt dar nicht anne.

§ 55. Item wor lude von den hern beclaget worden, dat se de wapen nicht wolden von sik don, de se schullen gebroken hewen etc. de schal de rad besenden und horen ore insage. Irkent denne de rad dat se nene redelik insage hewen, schal me se inkummern, so lange dat se de von sik don.

§ 56. Item efft eyn dem anderen dor sine hoyken edder dor sine sleyt worpe edder steke vor setlik, un to gerichte keme, de brigkt eyn sulfwolt an de hern und deß sakewolden willen to makende.

§ 57. Item efft eyn eynem doden minschen vorspreke, de sik nicht vorantworden kunne, und dat to richte keme de breke XIIII ß; sint dat scheltworlte der vallen IIII ß an de hern, IIII ß an de stad VI ß an den sakewolden.

§ 58. Item we eyne gilden hefft, de mach se by levendigen live vorgeven edder uplaten sinen negesten erven, dar se doch an erven wolde in der rechten lynigen und anderst nicht, wo he gilde gewert sy.

§ 59. Item wy sin angewiset, dat de rad sik der gemeyne nut to gude to segelln moge. edder in der stad bock scriven late, na danne de rad nicht in ore budel segelt.

§ 60. Item eff eyn edder twene des rades utgesant woren der stad veste edder knicke to besenden etc. und wen de betreden edder besegen, deß moget de nicht vorswigen edder vorholden na to seygende; wede awer nicht utgesant wore, doch weme to mate keme, de wore deß ok wol plichte, so wy eythafftich sin; doch mochte de one warnen und spreken, dat he deß ume ginge edder he mote on beseggen.

§ 61. Efft eyn borger eynen andern by slapender tycht togen de hern und de stad vorsetlicken enwech ut der stad hulpe und der vorsate nicht entleddigen wolde, de brigkt in deß rades gnade, deß velt de dridde pennich an de hern.

§ 62. Item we eyner gilden in or ampt grepe ane oren willen, deß iß plichtich der gelden dat to vorbotende und nicht den hern.

§ 63. Item eyn borger beschuldiggede den anderen, dat he ome holt enfort hedde ut den holte etc. deß sik de beclagede mit sinen rechte entleddiggede und one wedder schuldigede, dat he ome der ticht getegen hedde und wolde one so schalbar maken, dat ome trede an sine ere und gelimpe un wolde deß nicht leden ume II mr. etc. Sin wedder part antwordet, he sy der sake mit rechte von ome gan und meynt, he sy om dar nicht plichtich ume: darup is gescheyden, hefft he dar umme mit rechte schulde und iß mit

rechte von ome gan, so iß he ome dar nicht plichte; wen we de anderen mit rechte an sprigkt, wil one nicht vor unrechten.

§ 64. Item efft eyn vormedet knecht eyn guld edder gelt funden up eynem ackere up sineß hern gude edder upper siner meygersted, deß eygent de knecht dar von den verden del, un mer nicht und sin herre drey del und de hern hebbet dar neyn recht anne.

§ 65. Item we den anderen hauwede edder sloge edder dot sloge und dar ume vorfestet worde, de brigkt v ß gottingisch, deß velt de dridde pennich an de hern und dar to dat vestegelt und der sakewolden willen to makende.

§ 66. Item efft eyn borger eynen waterganck edder eyne rinne hedde dorch deß anderen hof lange iar gehadde hedde, den mot de borger vordan liden und mach den mit beschede nicht weren, id en sy, dat he bettere bewisunge hebbe, und bibringe dar he den mit beschede mede weren mochte.

§ 67. Item weme bewisunge to gedelt worden und aneme edder sik bewisunge berepe unde neddervellich worde, de brigkt eyn sulfwolt, dat sin IIII ß an de hern; item we sik owerwisen lethe, de brigkt nicht, sunder he vor lust sine sake.

§ 68. Item we deß radeß schedunge straffet edder doch eynsprekede, edder segell und breve vom rade gegeven, de brigkt an jovolken persone twey mark gottingisch und dusse broke schal to der meyne nut, und dar hewet de hern neyn recht anne und dar boven breckt he noch twey mark, deß vallen VIII ferdinck an de hern, eyn ferdinck an de stadt und eyne halwe mark an den sakewolden, dorch den rade von Ußlar so angewißet.

§ 69. Item we de awer ordele fragede boven deß radeß schedunge, sin broke steyt an deß radeß gnade.

§ 70. Item nedersschen moten wol neygen deken, laken wencken, hemede, schork und kragen und breken dar nicht anne an de schnadergilde.

§ 71. Item eyn borger, de von deß radeß wegen ingesath wore und deß bodeß nicht achtet, sin broke steyt an deß radeß gnade und de hern hewet dar neyn recht anne.

§ 72. Item we den anderen eynsprakede und deß bekend; de brickt II mark gottingisch, deß vallen VIII firdung an de hern, 1 firdung an de stad und 1 mark an den sakewolden.

§ 73. Item efft weme bewisunge to gedelt worde und twene tugen gehatt hedde, der eyn vorstorven wore — so mach de eyne, de noch levet, eyn fullen komen tuch don, so furder he tuchwordich; ok wer in veste edder in banne noch so lihorich sy, so he tugen sal und de iß to lovende, na dem de andere vorstorven sy.

§ 74. Item efft eyn fruwe beschuldiget worde ume gulde, der se nicht bekent, edder nicht witlik wore und or huswerd vorstorven wore etc. — darup scheyde wy to rechte, we se gulde manen wille up de doden hant, de mote sin schulde erwisen, alz recht sy.

§ 75. Item we den hern ore broke mit willen nicht engifft, den moget se in 14 dagen manen; gifft he denne den nicht uth, so moget de hern mit unserm knechte foychliken panden dar ume, alze ehr gedan hewen. Ok sy id mogelik, dat de knecht dat an uns bringe wenn he dar to eschet worde edder to not an den borgermester und nene lengersproke dar to nomen.

§ 76. Item efft eynem wat gesat worde edder ingedan to bewarende, de iß plichte dat to bewarende vor deue edder ander vorlust; und we deß nicht endede, de is om plichte sin gut, dat he om gesadt effte ingedan hefft wedder to lozende gevende und antworden edder gelden; woret awer veyndesnot, woldige hant, vur edder water ome mit sinem gude beneme[13]) edder affhendich makede, so wore he nicht plichte dar wedder to antwordende.

§ 77. Item efft eyn uthmann mit eynem borger to sakende hedde, de mach ower de twernacht vorboden laten und mach den sulwen dage den hern or richtegelt gewen un panden dar ume, so recht iß.

§ 78. Item eff eyn lant ume·breke an der weper[14])

---

[13]) *An den Rand geschrieben:* un kan sik nicht behelpen efft om syn eygen gud mede gestolen edder nomen worde.

[14]) *Ein Bergzug, der sich von Moringen bis Hardegsen und Uslar im Sollinge hinzieht, ursprünglich bewaldet, und wie man aus dieser Bestimmung sieht, allmälig urbar gemacht.*

dat von weme angesproken worde und to richte queme so mot de anspreker dat bewisen also recht iß, dat dat lant sin sy, un wen he dat gedan hefft, so iß de jenne de dat geploget hefft, om wontliken del alze dar tor stede wontlik iß, plichtich to gevende.

§ 79. Item efft eyn knokenhauwer wat slachtede und scelde dat nicht gifftich wore, dar de ampten eynes ordels up frageden un dar ume one beschulden, und jonne tor antwort giue, he heddet der gilden rede vor bodt etc. darup iß to rechte vunden, iß he von der gilden darume botfardiget, ehr de hern dar sin angekomen, so brickt he dar furder nicht anne; item so willet ok sin mit anderen gilden ume saken, de in or ampt horen.

§ 80. Item efft eyn smid unpande[15]) deß eyn pert negelde, dar iß he nicht plichte to antwordende.

§ 81. Item efft eyn beschulden worde, dat he onen brun und blaw geslagen und jonne des bekende und dar by antworde, he hedde one in den sinen betreden und one vaken gebeden, dar uth to blivende, deß he nicht enachtet, so hedde he one in dem synen foychliken geslagen unde meynt, he sy dar nicht plichte ume etc. — darup scheden wi vor recht: slan sy neyn recht, sunder he mochte one gepanden edder ume sinen schaden mit rechte gefurdert hebben und so breke he dar anne III ferd, tweydel an de stad, de driddel an den hern und deß sakewolden willen to makende.

§ 82. Item wen de voget fraget up eynen borger dat ome weß geclaget sin etc. — den cleger schal de voget to richte wissen, und efft mer fragede, kan de rad dar nicht furder upper scheyden, dat sy vorgan, dat de cleger den sakewolden ume de clage beschulde an gherichte, de he dan hefft.

§ 83. Item efft eyn borger spreke in gherichte, dat wore eyn lantlogen, wat rechte de herrn dar anne hedden: dar anne brigkt he XXVIII ß, der valt VIII ß an de hern, VIII ß an den sakewolden und I ß an den rad; item de VIII ß von den sakewolden eigenth de vogeth na de om

---

[15]) *sic.*

dejenne om in sine eigenen wordicheit dat gesecht und dat von ghérichte halven utgefurdert hefft.

§ 84. Item efft eyn borger den anderen beschuldigede ume schult, de geistlik wore edder von einem prester hersakede und de beclagede antwordet: dar wore eyn testament von dem geistliken gemaket, weß he on darmede owerwisen konde, moste he eyn lider syn: darup sin wy angewiset: dat sy geistlik sake, un von eynem testamente, dar scheden wy nicht, sonder se moget sik darower vordragen edder soket dar sik geistlik saken eygen to furdernde.

§ 85. Item efft de borgermester edder eyn deß radeß ume der stad beste willen eynen borger weß hete, dat sik toge an der stad veste to vorgripende, deß de persone deß rades so bestunde; efft de vogeth dar upper fragede, de hefft dar nicht anne gebroken, wen id ome so vorgerordt geheten iß, noch de persone deß rades, wenn id to Ußlar so geschen wore.

§ 86. Item upp tuchnisse: Wan de tuchnisse nicht enludet hebben, so de schulde geludet hewen, so isset neyn recht fullekomen.

§ 87. Item efft de vogeth eyn rechte weigerde und vorbode to schuldingede, darup sin wy angewiset; dat sy bilk und mogelik, dat de vogeth den dingkplichtigen dat richte opene, wenn deß not iß und nemande weigere vor dem gehegeden richte, dat sy ume leven edder ume hawet.

II.

Dut is dat jonne, dat de raid to Moringhen vorbut[16]).

§ 1[17]). Tom ersten male vorbuth de rad, dat neymant neyne sake schall updraghen, vorghewen butwendich gheistlik

---

[16]) Dut is, dat de rad vorbut to den echte dinghen:

[17]) § 1. Primo de rad vorbuth, dat neyn borger eyn up den anderen edder medewoner, der de rad mechte sy, nene sake schal updragen edder vorgewen butwendich geystlike edder wertlike, sunder he schal sine sake furdern vor unßer gnedigen hern gherichte; we des bodes nicht enachtede, sin broke steyt an deß rades gnade.

edder wertlik gerichte; he schal de sake erst handelen unde vorderen vor unser gnedigen hern gherichte; we dar boven dede unde dusses bodes nicht enachtede, de schal dat deme rade vorboten na willen des rades unde kost unde schaden erleggen, de darvon enstan mochte.

§ 2[18]. Item we gud edder erve vorderen wil hyr ute der stad, de schal den derden pennigh bynnen dusser stad laten edder willen des rades dar umme degedingen.

§ 3[19]. Item so schal sek neyn wedewe vorandern, se deyle erstem myd oren kinderen; we dar entegen dede, de schal dem rade und der stad vorvallen syn myd dren gottingeschen marken edder willen bedegedingen.

§ 4. Item we hochtyd hebben wil, de schal hebben to sestich schotteln twe tor schotteln und to seß schotteln drosten ok twene tor schotteln; dar na schal de brodegam vor den rad komen tom negesten richte und myd synem rechte beholden, dat he sodan bod geholden hebbe; we dar boven dede, de schal breken eyne mark gottingisch.

§ 5[20]. Item we de uthvart don wil, de schal hebben to vere unde twyntich schotteln twe to eyner schotteln; we dar enboven dede, de brikt eyne halve mark gottingisch; unde to dem wynkope schal me hebben eyne tunnen seß, hoger nicht.

§ 6[21]. Item cleynode schalme geven vadere unde modere, suster unde brodere und anders neymande; dar schal neymant umme degedingen; we deß bodes nicht enachtede,

---

18) § 2. Item we gud furdern will buten der stad, de schal den derden pennigk hyr lathen edder des rades willen degedingen.

19) § 29. Item sik schullen neyne wedewessche vorandern, se hebben erst mit oren kyndern gedelt by dren mark gottingisch.

20) *Für § 4 und 5 enthält die andere Redaction im § 27 folgende Bestimmung auf Luxus gerichtet, welche die im Texte aufgenommene Redaction nicht hat:* Ok enschal nemant neyne vaddern mer bidden, wede wil kyndere dopen edder vormelen lathen, wenn eynen; we deß nicht enachtet, syn broke steyt an deß rades gnade; ok schal nemant mer geven by der dope wen IV ß gottingisch; ok schalme nene budele geven.

21) § 26. Ok schal me in der frye neyne cleynode furder geven wen vader un moder, suster und broder un furder nicht *(von anderer Hand:* und ok neyne hansschen).

de schal dem rade vorvallen syn myd eyner mark gottingisch.

§ 7 [22]). Item so schullen neyne kyndere hochtiden gan, weß kyndere beseyn worden, ore eldern edder herren schullen dat vorboden na willen des rades. Ok schal nemant soppen edder kost an dem brudtdaghe uth der koken halen in syn huß by pyne eyner gottingischen mark. Ok so schullen de brude neyne feylen dragen dat sy denne, dat ore elderen hundert mark dem rade vorschoten.

§ 8 [23]). Item we den kinderen worde gesad to vormunden, de schullen des jars eynst der kindere frunden rekenschopp don; we des nicht endede, de schal des rades willen dar ume maken.

§ 9 [24]). Item we dat syn nicht vorschotede, so de rad dat gesad hefft, unde de rad deß boven on queme, deme gude schal sik de rad genalen; wor ok kyndere, knechte edder megede woren, dede gud hedden dat schullen se dem rade vorschoten lik anderen unsen borgern und borgerschen.

§ 10 [25]). Item we erve gude in unser stad edder darvor hedde, dat schalme vorschoten alzo dat wontlik is.

§ 11 [26]). Item neymant schal de wandesteine umeplogen, upbreken edder uthgraven; we dar boven dede sunder wetten unde kuntschopp, de breckt VIII mark gottingisch.

§ 12 [27]). Ok schal sik neymant der meynheyt underwynden; worme des boven eynen keme, de brekt sestich

[22]) § 25. Item nemant schal sine kyndere mede nomen edder sik volgen lathen to hochtyden edder bi den taffeln sitten lathen bi twe voder steynß sunder gnade.

[23]) § 3. Item we to vormunden gesat wert kynderen, de schollen des jars eynß der kyndere frunden rekenschop don.

[24]) § 4. Item we sin gud nicht vorschotede, dat sin borger edder borgersschen, kyndere, knechte edder megede, so de rad dat gesat hefft, dem gude wil sik de rad genalen.

[25]) § *10 fehlt in der zweiten redaction.*

[26]) § 5. Nemant schal wantsteyne vorsetlik ume eren, up graven, edder up breken, by VIII mark gottingisch.

[27]) § 6. Nemant schal sik der meynheyd underwinden; item nemant schal sik vorgrypen an der stad veste, an zingeln, an graven, an thünen, an knicken, an slagen, edder worme de benomen mochte; we des bodes nicht enachtede, de brickt V ferd. gottingisch an de herren und des rades willen to makende.

schillinge gottingisch. Item neymant schal sek vor grypen an der stad veste, an graven, an thüne, an zingelen, slagen edder knicken, edder wome dat benomen mach; we dat bod nicht enachtede, de breke VIII ferdinge an de hern unde dar to schal de jenne der stad willen maken.

§ 13[28]). Item we ok syn wapen nicht enhedde, so de rad dat gesad hefft, unde de rad des boven eynen queme, de brickt eynen gottingischen ferdink.

§ 14[29]). Unde wan eyn rochte worde, dat me vygende edder vur blese, effte repe edder de clocken sloge, effte eyn wapenschrey gheschege, we to solkem rochte nicht enjagede, edder keme myd syner were, de schal dem rade vorvallen syn myt eyner gottingischen mark sunder gnade edder entleddigen sik myd orem rechte.

§ 15[30]). Weret ok dat eyn vur up keme, dar schullen fruwe unde megede to ylen unde bringen myd sik emmere kettele edder sodanne radschopp, deß darto bequeme und nod were; und wat der radschopp vorloren worde, dat wil de rad gelden; unde worde darna denne deß wat by weme bevunden, dat schal de rad holden ghelik vorstolem gode.

§ 16[31]). Item so schal neymant neynen myst maken up der straten, edder by der stad muren; we dat dede, de brikt unde schal voren laten ses foder steyne.

§ 17[32]). Item, wen de rad eynen inkummert edder eynem in both dede; unde de des kumbers nicht enachtede,

---

[28]) § 8. Ok we sin wapen nicht enhedde, so ome de rad gesad hedde, de schal sin myd eyn ferding gottingisch vorvallen; ok schal nemant dem anderen wapen affpanden bi broke des rades.

[29]) § 9. Item wa eyn rochte worde, dat me vigende edder vur repe edder klockenslach geschege; we to solkem rochte nicht enqueme edder jagede mit siner were, de schal dem rade mit eyner gottingischen mark vorvallen sin sunder gnade, edder entleddigen sik mit synem rechte, dat he des rochtes nicht gehort hedde.

[30]) § 10. Item wanne dat me vur repe, so schalt de fruwen un ok de man dar to bringen emmere und andere radschop de dar to nutte sin; worde deß wat vorlorn dat wil de stad gelden; queme des ok wedder wat an; dat woldeme holden gelik vorstolenen gude.

[31]) § *16 f. der zweiten Redaction.*

[32]) § 11. Item, wen de rad inkummerd, und des nicht enachtede, syn broke steyt an deß rades gnade.

de breckt sestich schillinge an de heren unde breckt in des rades gnade.

§ 18 [33]). Item worde eyn ok vor gerichte erwunnen, dat me on panden scholde unde syn gud denne up eyne vrigheyt brochte edder in eynes borgers huß, dar me nicht inne panden enmochte, de so erwunnen worde, deme mochte me hoyken edder rock affpanden up der straten, so lange dat malk des synen na kome.

§ 19 [34]). Item we de wachte vorhelde und vorsete, de breckt dre schillinge sunder gnade.

§ 20 [35]). Item nemant schal myd krusele edder lechte sunder luchten in schune edder stelle gan; we dat dede, de schal breken eynen halven ferdingk gottingisch; keme aver dar vorder schade aff, dar schal dejenne to antworden; woret awer dath weme wes noth an sinem meste wore, so schal de wert sulwest de luchte in der hand hewen.

§ 21 [36]). Item wen de rad twene borgere effte eynen borger und eynen uthmann in rechte edder in fruntschopp schedede, unde des by dem rade gebleven weren; we der schedinge neddervellich worde, de borger schal breken an des rades gnade unde de uthmann buten unser stad bliven unde de derde pennig von dussem broke hort unsen hern.

§ 22 [37]). Item ok vorbud de rad dobbelen by eynem ferding; we se huset edder heget breckt eyn punt; dede

---

[33]) § *18 f. der zweiten Redaction.*

[34]) § 13. Item we der wachte nicht endede, wor he vorbodet worde, syn broke steyt an deß rades gnade.

[35]) § 14. Item ok schal nemant myd lechte edder krusele ane luchten in stelle edder in schunen gan; we deß bodeß nicht enhelde, syn broke steyt an deß radeß gnaden; woret awer, dat weme weß not were an siner quecke, so schal de wert sulwek de luchten in siner hand holden.

[36]) § 15. Item, wor de rad twene borger schedede in fruntschop edder in rechte edder eynen uthmann mit eynen borger we der schedunge nicht enhelde edder neddervellich worde, de brickt I ferd. an de stad und den jennen, dar he mede gescheden iß, schal he noch dat sin geven.

[37]) § 16. Item de rad vorbutte dobbelen by eynen ferding; we de huset und heyget by eynem punde münten und karten edder wo me ume gelt spelt.

jedet, breckt eynen ferding; wede müntet eyn lod edder weme myd worpeln ume geld spelet, breckt eynen ferding.

§ 23 [38]). Ok enschullen herde, stover und portenere edder des rades knechte neymanden to dobelspele hegen by broke unde gnade des rades.

§ 24 [39]). Item neymant schal dem anderen wapen affpanden; we dar dede, breckt ver schillinge und dat wapen ome wedder kern.

§ 25 [40]). Item we syn schot nicht enswe ret up de tyd alz sik gebord, unde doch inheymesch were, de brekt ver foder steyne an de stad. Ok we syn schot edder vorschot nicht engeve uppe den hilligen dach senten Thomas, de schal des derden penniges mer geven.

§ 26 [41]). Item wor eyn upplopp worde unde eyn des rades dar to keme, de schal on eynen frede beden von des rades wegen; we de den freden nicht enhelde, breckt VIII mark gottingisch; weret aver eyn uthmann, den schalme hebben unde holden, so lange dat he eyn sodann vorbote; weret ok in eynes borgers hus unde dar neyn des rades mede wore, so mach de wert denjennen sodann freden vorkundigen; achteden se des aver nicht, so schal de wert den neyberen to spreken unde eme vrede helpen holden in synem huse.

§ 27 [42]). Item we ok eyn hus effte boden vormeydede, edder wen myd sek ynne heft, de schullen bestellen, dat se

---

[38]) § 34. Ok schullen unse herden, portener edder de stover nemanden von der stad plicht befrygen, edder husen edder hegen to doppelspelle und anderen spelen by broke, so vorgerordt iß *(körperlicke Züchtigung, vgl. § 33 und § 52 der Textredaction.*

[39]) *Vgl. § 13 des Textes und § 8 dieser Redaction.*

[40]) § 17. Item we sin schot nicht enswert, wen de rad swere leyt unde inheymisch wore, de schal vorvallen sin mit ver voder steynß sunder gnade.

[41]) § 18. Item wor eyn uplop worde und eyn des rades dar to queme, de schal on eynen freden beden; den freden schullen se holden by dren mark gottingisch.

[42]) § 19. Item we huß edder boden vormedet, de schal bestollen, dat der stad schey schot unde vorschot, wachte un andere plicht alzo me der stad plecht to donde edder de rad wil dat an den soken, de soda huß und boden vormedet.

dem rade geven vorschot unde rechtschot wachte unde ander plicht alz dem rade plecht to donde edder de rad wil dat soken an denjennen, de solk hus edder boden vormeydet edder inne hefft.

§ 28[43]). Ok enschal neymant neyn erve gud vorpanden, vorsetten, edder vorkopen, he hewet erst eyn halff iar in rauweliken hebbenden were ghehad; we dar boven dede, de breckt in deß radeß gnade.

§ 29[44]). Ok enschal neymant neyn gud twige besweren, det sy denne dat gud, des overich gewert sy; we dar boven dede, de schal dat dem rade vorboten myd twen marken gottingisch und denne noch dejenne vor nogen.

§ 30[45]). Ok wede to schickende hefft vor gherichte, de neme twene man dar tho tuge; de rad will neymanden syne sake beholden.

§ 31[46]). Item weret dat eyn borger toghe upp de frigheyt, de schal der stad alle plicht don lik anderen unsen borgern; we des bodes nicht enachtede, de schal nicht bruken ores steynweges effte unser meynheyt.

§ 32[47]). Ok eff eyn borger mit unwillen uth der stad were, dem schalme syn gud nicht affkopen edder upp lehenen; we dar boven dede, de schal dem rade unde borgeren antworden, eff se jenigen schaden dar aff nemen.

§ 33[48]). Item we erve vorkofft, de schal dat myd synen erven vor dem richte und rade vorlaten.

§ 34[49]). Item gyff de rad weme breve, dar schal de

---

[43]) § *28 f. der zweiten Redaction.*

[44]) § *29 f. in der zweiten Redaction.*

[45]) § 20. Item we wat to schickende hefft vor gherichte, de schal dar dingkwarden to teyn; de rad wil nemanden syne sake beholden effte vorweren.

[46]) § 21. Item eff eyn borger toge up de friheyt, de schal der stad alle plicht don gelik anderen unsen borgern.

[47]) § 30. Eff eyn borger mit unwillen ut der stad wore, dem schalme syn gud nicht affkopen edder affwedden; we deß nicht enachtet unde dar schade queme, dar schal he der stad und borgern to antworden.

[48]) § 22. Item we dem andern erve vorkofft, de schal dat mit sinen erven vor dem rade edder richte vorlaten.

[49]) § 23. Item weme de rad breve geven schal, dar schal de fruwe so wol ume bidden edder we in der sake to schickende hefft alze de man.

fruwe edder we des in der sake to donde hefft, so wol ume bidden alze de man.

§ 35 [50]). Ok we myd uns wonet, dar de raid bod over hefft, de schal sin vey driven vor unse herde unde sweyn; dreve he anderswor, so scholde he likewol den herden lonen helpen.

§ 36 [50]). Item eff sik eyn jegen den rad vorspreke myd worden effte degedingen, de dem rade nicht stunden to lydende, unde des so bekennede de breckt twe gottingisch mark an den rad.

§ 37 [51]). Eff ok eyn to uns in unse stad toge, de schal in verweken borger warden edder rumen wedder ut unse stad bynnen vertheyn nachten.

§ 38 [52]). Item we syne dochter eynem uthman lovede, de uthman schal borger werden ehr he by slopt.

§ 39 [52]). Item de bruwere, de bruwen wilt, de schullen twischen unser lewenfruwen dagen to hope komen und orer degedingen ume dat bruwen eynß werden vor dem rade; unde we denne dar nicht enkeme, de schal in dem jare nicht bruwen; we dar enboven dede, de schal breken eyne gottingesche mark.

§ 40 [53]). Item eff eyn dem anderen lude over den halß toge, deß de rad mechtich were, dejenne de de lude so ower den andern toge, de schal dat kost, wat dat kostet, betalen unde des rades willen noch hebben.

§ 41 [54]). Item we myd dem rade to schickende hedde, de schal eynst des jars myd dem rade reken.

§ 42 [54]). Item na weme de rad sendet unde on wor ume vragede, de schal den rad rechte berichten edder de rad schal myd om dar ume reden wor ume dat he se nicht berichten wille.

---

50) *§§ 35. 36 f. in der zweiten Redaction.*

51) § 12. Item, we in unse stad toge, de schal in ver weken borger warden edder rumen; ok schal he neyner gilde bruken, he sy erste borger worden.

52) *§§ 38. 39 f. in der zweiten Redaction.*

53) § 31. Eff eyn dem anderen lude ower den hals toge, deß de rad mechte worde, de schal sodar bydan, und unkost dar keme, betalen, und brigkt in des rades gnade.

54) *§§ 41—44 f. in der zweiten Redaction.*

§ 43 [54]). We ok fryge markede huset edder heget, de breckt eynen ferding gottingisch an den rad unde we dar upp rid, eyn lod.

§ 44 [54]). Ok enschal neyn borger edder medewoner roden edder holt laten hewen eynen uthmann in der aleborch [55]).

§ 45 [56]). Item we eyn mest toge in vreude, und dar ume vor dem rade vorclaget worde, de breke VIII schillinge gottingisch an den rad.

§ 46 [57]). Ok enschal neymant neyn lant edder gud dat in kyue [58]) sy kopen edder sek ghebruken ackeren edder plogen edder vruchtigen; we dar boven dede, de schal to dem schaden antworden, de dar von komen mechte und noch des rades willen maken.

§ 47 [57]). Item we dar hove, land edder meyger schopp hedde, dar he jar anne hedde, we om syne jar breke ane synen willen, de brekt dre mark gottingisch, eyne an de heren, unde twe an den rad.

§ 48 [57]). Ok enschal neymant nyge gelt kopen edder slan laten by broke des rades.

§ 49 [59]). Item eff eyn pande hedde stan by dem rade, de schal he losen bynnen vertheyn dagen; worden se vorlorn, dar wil de rad nicht to antworden edder in der stad mid vorgoten worden.

§ 50 [60]) Ok eff der stad wes behoff were to tunende, to gravende edder to wegen, so dat de rad weme dor syne hove edder land grove, dat wil de rad gelden na ghebore unde mogelicheyt.

§ 51 [60]). Item eff eyn borger myd dem anderen sake

---

[55]) *ein städtischer Wald.*

[56]) § 35. Item, we over den anderen eyn meßer edder andere wapen myt frevele, de brikt dat wapen an den hern und 5 ß gottingisch an den rad; dar hebben de hern den dridden pennich anne.

[57]) §§ *46—48 f. der zweiten Redaction.*

[58]) *sic!*

[59]) § 32. Eff we pande by dem rade stande hedde, de schal he in vertheyn dagen loßen; geschege deß nicht, worde de pande denn vorlorn edder in der stad mit vorgoten, dar wil de rad nemanden to antworden.

[60]) §§ *50. 51 fehlen der zweiten Redaction.*

hedde, de sake schullen se by jare unde by dage in unser stad vor unser gnedigen hern beteugen und vordern.

§ 52 [61]). Ok enschullen neyne berochtede fruwen vor vrome iuncfrowen und fruwen an den dantz gan; we dar boven beseyn worde, de wil de rad darume tuchtigen laten.

§ 53 [62]). Item we den andern beschuldige vor unser gnedigen hern gherichte unde on erwunne, den mach me panden by jare und by dage.

§ 54 [63]). Ok we to der echten dingen nicht enkeme, de breckt dre foder steyne an den rad und dre lichte an de hern, eyn lichte so gud alz eyn gottingisch schilling.

Zur Lehre von der Erbeseinsetzung ex certa re.

Von

Th. Mommsen.

Wie die Erbeseinsetzung ex certa re in dem eigentlich prägnanten Fall, wo sie neben gewöhnlichen Einsetzungen auf aliquote Theile auftritt, von den römischen Rechtsgelehrten theoretisch und praktisch aufgefaßt worden ist, ist bekanntlich, wenn nicht zur Genüge, doch oft genug erörtert worden. Dabei scheint aber eine hieher gehörige Notiz, die bei einem nicht zunächst juristischen Schriftsteller sich findet, noch nicht in den Kreis der Untersuchung gezogen zu sein, was doch um so mehr hätte geschehen müssen, als wir aus den Rechtsquellen über dieses Verhältniß eigentlich nur erfahren, was Justinian darüber mitzutheilen und anzuordnen beliebt hat, dieser Bericht dagegen uns in glaub-

[61]) § 33. Ok enschullen nene berochtende fruwen for frome juncfruwe an den dantz gan; we deß nicht enachtede, de wil de rad tuchtigen lathen.

[62]) § *53 f. der zweiten Redaction.*

[63]) Item we to dem echtedinge nicht enkumpt, de schal der stad vorvallen syn mit dren voder steynß sunder gnade und brikt dre lichte an de hern.

würdigster Weise einen praktischen Fall der Art aus traianischer Zeit überliefert.

Der jüngere Plinius schreibt (ep. 5, 7) an den Calvisius (Rufus?), gleich ihm Bürger von Comum, über die beiden angefallene Erbschaft eines weiter nicht bekannten Saturninus. Wir entnehmen aus diesem Brief, daß der Erblasser den Calvisius, den Plinius und die Gemeinde Comum, letztere zu einem Viertel zu Erben eingesetzt, dann aber der Gemeinde statt dieses Viertels ein Präceptionslegat von 400,000 Sesterzen gegeben hatte. Die Erbquoten der beiden andern Erben werden nicht ausdrücklich angegeben; da indeß von dem Legat, dessen Gültigkeit vorausgesetzt, Plinius etwas mehr als ein Drittel zu zahlen gehabt haben würde, so waren von den nach Abzug des der Stadt ausgeworfenen Viertels übrigbleibenden drei Vierteln reichlich ein Drittel an Plinius, nicht ganz zwei Drittel an Calvisius gegeben, und die Annahme, daß Calvisius auf fünf, Plinius auf vier, die Stadt Comum auf drei Zwölftel eingesetzt waren, wird entweder das Richtige treffen oder doch sich nur in unwesentlicher und für uns gleichgültiger Weise davon entfernen. Indeß die rechtliche Nichtigkeit der Verfügung ist außer Zweifel; denn obwohl seit Nerva die Städte mit Legaten bedacht werden konnten, waren sie doch damals noch nicht fähig zu erben und also auch nicht das dem Erben als solchem gegebene Legat zu empfangen: nec heredem institui nec praecipere posse rem publicam constat. Plinius will indeß das rechtlich nicht verbindliche Vermächtniß freiwillig erfüllen und fordert seinen Miterben auf das Gleiche zu thun.

Hieraus erhellt, daß in der Zeit Traians es zulässig und, wie es scheint, nicht ungewöhnlich war einem Erben zwar eine Erbquote auszuwerfen, aber damit ein Präceptionslegat in der Weise zu verbinden, daß dessen Zahlung an die Stelle der Auskehrung der Erbportion trat[1]).

Dies ist nun deutlich der zweite Fall, von dem Justinian

---

[1]) Einen sachlich ganz ähnlichen Fall behandelt Papinian l. 69 pr. de leg. II (31): si, cum heredem ex parte instituisset, ita locutus est: 'peto pro parte tua contentus sis, Luci Titi, centum aureis', petere poterunt coheredes partem hereditatis, retinente sive praecipiente quo contentum esse voluit defunctus. Aber rechtlich ist der Unterschied doch von Bedeutung, daß hier an die Stelle des Präceptionslegats eine fideicommissarische Formel gesetzt ist.

in l. 13 C. de hered. inst. (6, 24) spricht: Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo hereditariis actionibus uti uel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri. Denn für das Wesen der Sache ist es gleichgültig, ob die certa res in einem Grundstück oder in einer Geldsumme besteht und an sich genommen zum Vindications- oder zum Damnationslegat sich qualificiren würde; ferner nicht gerade gleichgültig, aber doch in der Hauptsache zu ungefähr gleichem Ergebniß führend, ob der heres ex certa re neben anderen Quotenerben als heres sine parte [2]) oder selbst auf eine Quote eingesetzt, deren Realisirung aber ausgeschlossen ist; denn offenbar konnte die nicht zur Realisirung gelangende Quote nur nach Analogie des Accrescenzrechts pro rata den Miterben zufallen. In dem vorliegenden Falle zum Beispiel kam es im Ergebniß auf dasselbe hinaus, ob den drei Erben resp. fünf, vier und drei Zwölftel gegeben und dem letzten Viertel für die Erbtheilung das Präceptionslegat substituirt ward, oder ob der Testator von vorn herein den Calvisius auf fünf, den Plinius auf vier Neuntel zu Erben und die Stadt Comum zur Erbin auf 400,000 Sesterzen einsetzt. Beide Verfügungen sind mehr in der Form als in der Sache verschieden und die erstere Fassung erscheint sogar als die natürlichere und war auch wohl die gewöhnlichere.

Hiedurch wird die bekannte Controverse, ob der heres ex

---

[2]) Vorausgesetzt, daß dies überhaupt zulässig war. Gaius 2, 217 fg. berichtet, daß das Präceptionslegat nur dann als solches zu Recht bestehe, wenn es dem Quotenerben (ei qui aliqua ex parte heres scriptus esset) gegeben sei, über die Frage aber, ob es schlechthin ungültig sei oder auf Grund des neronianischen Senatusconsults als einfaches Legat convalescire, zwischen den Schulen Streit gewesen sei. Darf man die Worte streng interpretiren, so würde das einem heres sine parte ausgesetzte Präceptionslegat entweder als ungültig oder doch nur als einfaches Legat betrachtet worden sein; und auf den heres ex certa re angewandt, heißt dies, daß man ihn dann, wenn ihm keine Quote ausgesetzt war, entweder als gar nicht im Testament bedacht oder doch nur als Legatar ansah.

certa re bloß als Legatar oder auch und zunächst als Erbe zu betrachten sei, in sehr prägnanter Weise zu Gunsten der zweiten Meinung entschieden, indem das einem solchen Erben gegebene Legat nicht bloß ausdrücklich als Präceptionslegat bezeichnet wird, sondern auch dessen Gültigkeit an die Fähigkeit Erbe zu werden gebunden erscheint. Auch hat wohl in der Hauptsache über die Behandlung dieses Falles keine Meinungsverschiedenheit bestanden: der Erbe ex re certa wird in jeder anderen Beziehung als Erbe gegolten haben, als solcher angetreten sein und sich an dem Erbtheilungsgericht betheiligt haben; der Unterschied desselben von dem gewöhnlichen Quotenerben trat erst dann hervor, wenn es zur Theilung des Nettobestandes der Erbschaft kam, wo er eine bestimmte Summe vorwegnahm und damit abgefunden war. Die Regel, daß das Präceptionslegat insoweit keine Gültigkeit hat, als der Empfänger selbst damit belastet ist, kommt hier natürlich nicht zur Anwendung, da die Quote des heres ex certa re den Miterben gegenüber keine Realität hat. Ebenso kann augenscheinlich der heres ex certa re von den Legataren nicht in Anspruch genommen werden, da die vom Testator verfügte Entziehung seiner Erbquote die Belastung der übrigen Erben mit den sämmtlichen Legaten nothwendig in sich schließt. Nach der rechtlichen Consequenz muß dagegen Dritten gegenüber ein solcher Erbe ebenfalls als Erbe gelten, das heißt die Forderungen der Masse zu seinem Theil geltend machen können und für deren Schulden in entsprechendem Verhältniß selbst über den Betrag der ihm zufallenden Summe hinaus aufkommen. Dies letzte änderte Justinian in der angeführten Decision und es mag sein, obwohl er dies nicht ausdrücklich sagt, daß bereits ältere Juristen in diesen Beziehungen eine Ausnahmestellung des heres ex certa re behauptet hatten. Nahe gelegt war dies besonders in dem Fall, wo dem heres ex certa re überhaupt keine Quote zugetheilt, sondern derselbe bloß im Allgemeinen als Erbe bezeichnet war; denn einen solchen als Erben sine parte zu betrachten und, wenn die ausgesetzten Quoten ein Ganzes erfüllten, denselben zu behandeln als instituirt auf einen zweiten As, empfahl sich vielleicht in theoretischer, aber gewiß nicht in praktischer Hinsicht [3]).

---

[3]) Man erwäge zum Beispiel die Consequenzen dieses Rechts für den Fall, daß die Passiva der Erbschaft die Activa übersteigen. Falls eine

Indeß es ist nicht die Absicht dieser Notiz auf die Einzelheiten dieser Frage einzugehen, die vielfach verwickelt sind; daran aber scheint mir kein Zweifel möglich, daß die Erbeseinsetzung ex re certa im Allgemeinen aufgefaßt wurde als eine wahre Erbeseinsetzung in Verbindung einerseits mit einem Präceptionslegat, andrerseits mit dem Ausschluß von der Erbtheilszahlung.

Miscellen.

[Einen Beitrag zu den „Hausmarken" und zum „Lotterholz"] entnehme ich den „Mecklenburgischen Anzeigen". Das Rövershäger Kirchspiel umfaßt die Ortschaften Hinrichshagen, Jürgeshof, Markgrafenheide, Purkshof, Rostocker Heide, Ober-, Mittel- und Nieder-Rövershagen und Stuthof. Die betreffenden Güter gehören zum s. g. Rostocker District, liegen in der Nähe von Rostock und befinden sich im Eigenthume theils der Seestadt Rostock, theils des Heiligen Geist Hospitals daselbst.

Hier der Beitrag:

„In den zum Rövershäger Kirchspiele gehörenden Ortschaften findet sich noch der Brauch des Kavelns oder Lottens in enger Verbindung mit der Hausmarke. Das Lott ist ein bis zu einem Zoll langes Stück eines beliebigen Baumzweiges, in dessen Rinde man die Marke einkerbt. Obgleich dieselben an keinem Hause jetzt sich mehr finden, so wissen die Leute doch und betonen es auch, daß es Hausmarken sind, da keiner das Zeichen beliebig sich wählt, sondern das nehmen muß, was von jeher die Bewohner seines Kathens hatten. Sollen die Hof- oder Holzarbeit oder die einzelnen Acker- und Wiesenstücke vertheilt werden, so werden die Lotten in eine Mütze geworfen und dann einzeln nach genannter Arbeit oder bestimmtem Ackerstück herausgenommen, dann lautet der Grundsatz: Dat Lott makt allens glik oder recht. Außerdem wird die Hausmarke auch zur Bezeichnung der einzelnen Acker- und Wiesenstücke an den

---

solche Verfügung überhaupt nicht oder doch nur als Legat galt (S. 316 A.), fällt diese Schwierigkeit freilich weg; und schon aus diesem Grunde bin ich sehr geneigt diese Annahme festzuhalten.

Scheidepfosten gebraucht, wie an einzelnen Geräthschaften, besonders den Kiepen, und jeder Einwohner erkennt daran, wem das so oder so gemarkte Stück angehört. Auf Leichenkreuzen findet sich keine Hausmarke mehr. Das letzte Haus, woran sie eingehauen gewesen, soll in den dreißiger Jahren niedergerissen sein. Die Marken, die nie mit gebogenen Linien eingekerbt, sind theils als große oder kleine lateinische Buchstaben gedeutete oder zu deutende (?) Zeichen, theils solche, die nach anderen Gegenständen benannt werden, so z. B. hat in Niederhagen durch seinen Kathen der Tagelöhner Schwotz das große lateinische A, Koßmann das Stundenglas, Stallbohm den sog. doppelten, Haut den einzelnen Splietbaken, Möller das Wiedenbehn rc. In den anliegenden Ortschaften Mönchhagen, in Volkenshagen und Grahl, in Ribnitz eingepfarrt, wird zwar auch gelottet, aber meistens mit Geldstücken, worauf jeder ein beliebig gewähltes Zeichen macht."

Rostock, 10. Juli 1867. H. B.

[**Bruchstücke einer Sachsenspiegelhandschrift.**] Auf die inneren Seiten der Holzdeckel einer der Rostocker Universitätsbibliothek gehörigen Papierhandschrift aus dem 16. Jahrhunderts (mit I. 4. Nr. 4 bezeichnet), welche Marschalk's mecklenburgische Reimchronik enthält, waren zwei schmale Pergamentblätter geklebt, die Bruchstücke aus dem Sachsenspiegel erkennen ließen. Trotz sorgfältigen Ablösens blieb doch die Schrift der aufgeklebten Seiten theilweise auf dem Holzdeckel, mittelst Schwefelammoniums gelang es indessen, die Züge fast durchgängig erkennbar wiederherzustellen.

Die Handschrift, dem 14. Jahrhundert angehörend, war in kleinem Quartformat und zweispaltig geschrieben; die Spalte hat 27 Zeilen. Die beiden erhaltenen Bruchstücke sind Hälften der der Länge nach durchschnittenen Blätter, so daß jedes eine Spalte der Vorder- und eine der Rückseite enthält, und zwar beide die zweite und dritte (b und c). Beide Blätter gehörten vermuthlich der zweiten Lage der Handschrift, 1 dem Anfange, 2 dem Schlusse derselben an. Das erste Bruchstück ist aus dem ersten Buche (Artikel 56—59, §. 2, Anfang), das zweite aus dem zweiten Buche (Artikel 36, §. 5—37, Ende). Bei dem geringen Umfange wird ein vollständiger Abdruck, dem ich einige Bemerkungen folgen lasse, verstattet sein. $2^{b\,c}$ sind etwas beschnitten; ich habe die Ergänzungen durch Cursiv bezeichnet.

LXXVI. An goschop is mit rechte nen (1 b)
len noch volghe wentit is der
lantlude vrikore dat se gogreuen
to iewilker hantaftighen dat
eder to beschedener tijd vn̄ wert
de def eder de rouer bynnen dach
vnde nacht nicht vorwunnen
So heft de gogreue nen ghe-
richte dar an So schal dat rich-
ten de belende richter. Dat is ge-
redet van eme gogreuen den me
keset to ener hantaftighen dat
to richtende des suluen daghes
We me ouer kust to langher tijd
Den schal de greue eder de mar-
greue belenen Vor deme ghift
me achte de ouernachtig vn-
gherichtede richten Wan de
greue kumpt to des gogreuen
dingh So schal des gogreuen
dingh sin neder lecht Also is
ok des gogreuen dingh neder
lelecht (!) wan de koningh kumpt
in sine greueschop dar se bede
to antworde sint Also is ewilkes
richters dar de koningh to antwor-
de is de claghe gha denne uppe

den koningh. (1 c)
LXXVII. Wat men richten mog*e*.
Aller hande claghe vnde vnghe-
richte mut de richter wol richten
bynnen sime gherichte war he is
ane eft me uppe eghen claghe*t*
eder uppe enen schepenbaren vrien
man vngherichte claghet Des
mach de richter nicht richten
ane to echter dingstad vn̄ vnd*er*
koninghes banne. [ges bann*e*.
Wo me richten schal by konin-
LXXVIII. By koninghes banne en mut
nen man dinghen Ane hebbe den
ban van dem koninghe entfan-
ghen We den bat (!) enes vntfat
de darf den anderwerue nicht en*t*
fan oft de koning steruet binnen
ener voghedye en mach nen ko-
ninghes ban an ene We by ko-
ninghes banne dinghet de de*n*
ban nicht entfanghen heft
de schal wedden sine tunghen
Dar mach nen greue dem kon*in*-
ghes banne dinghet echte din*gh*
hebben ane sine schultenen vor dē
schal he sik to rechte beden dar

it ghekoft so mut he beno- (2 °)
men sine ghewere van weme
he dat ghekoft hebbe vñ de
*ste*de dar he id ghekoft heft
he mud auer sweren dat he
id tie rechter tucht so mut e-
me ghenne volghen ouer ver-
ten nacht wor he tut ane ouer
*schi*prike water wert he is ghe-
*we*ret alse recht is de ghewere
mut he antworden in sine stede
vor dat gud werd auer ghebo-
rst an den gheweren he mut dat
*gu*d myt ghewedde vnde ghe-
bute laten vñ tiget me eme duf
*ede*r rof dar an. des mut he sik
*vn*schuldeghen na rechte vor-
*lus*t id ok de der vanghen heft
he mut dat laten myt ghebute
*vn*de mit wedde Men mut wol
tien uppe manighe were de ene
*uppe d*en anderen Also langhe went
me kome uppe den de dat in sime
*sta*lle ghetoghen heft eft id ve
is eder eft he id suluen ghetughet
*he*ft eft dat laken is sulf. III.
*sch*al he sik dar to teen de id ghe-
vanghen heft eft em ghebo*rst* (2 °)
werd an den ghewereñ v*an*
weme dat gud an ghesp*raken*
werd de schal dat heben *so*
langhe in sinen ghewe*ren*
wente id eme myt rechte *af*
ghewunnen werd. . . me
Wat en man vint [du
vorsaket he des went me d*ar*
na vraghet so is dat du*ve*
wat en man vint eder de*ven*
eder roueren af iaghet d*at*
schal he up beden vor sin*en*
buren vnde to der kerken *dem*
dat hort he schal sik da*r to*
teen sulf. III. vnde ghelde*n dat*
de ghenne darmede ghe*hat*
heft eft id perde eder ve *is*
Is auer ghenne van enem *an*-
deren gherichte des dat *gud*
is so beholt he den drud*den*
del de dat den deuen eder *den*
roueren ghenomen heft. E*nku*-
mpt auer nen man binn*en* VI.
weken de sik dar to tee so *nimt*
de richter de twe del vñ h*e be*-
holt den drudden del de m . .

Bemerkenswerth ist zunächst die von den bekannten Handschriften abweichende Zählung, die sich aber nur auf dem ersten Blatte findet. Buch I, Art. 56 ist in unseren Bruchstücken schon mit 76 bezeichnet, aber unter dieser Zahl sind Art. 56—58 begriffen. Der erste Absatz des §. 1 von Art. 59 ist ein besonderer Abschnitt mit der Zahl 77, und der übrige Theil des Art. 59 ist mit 78 bezeichnet. Man sieht daraus, daß die Artikelabtheilung eine wesentlich abweichende war; die höhere Zahl kann nur dadurch erklärt werden, daß mehrfach Paragraphen als besondere Artikel bezeichnet waren. Die Glosse enthielt die Handschrift nicht; ob eine Büchereintheilung, läßt sich nicht bestimmen. Wahrscheinlich ist mir, daß sie zu der zweiten Ordnung der ersten Classe (Texte ohne Büchereintheilung) gehörte. Die in der ersten Ordnung fehlenden Zusätze hat die Handschrift fast alle, es fehlt ihr der Schlußsatz von Buch I, Art. 56 übereinstimmend mit *ABghq*. Im Uebrigen schließt sich der Text ziemlich genau an den der Homeyer'schen Ausgabe an, ist aber nicht frei von Schreibfehlern und Auslassungen einzelner Worte. Die Worte, mit denen das zweite Blatt schließt, sind vermuthlich die Anfangsworte von Art. 38 Die man sal gelden.

Rostock, im November 1866.

K. Bartsch.

Inhalt.

Ausgegeben am 29. Februar 1868.

Weimar. – Hof-Buchdruckerei.

Zeitschrift

für

Rechtsgeschichte.

Herausgegeben

von

D. Rudorff und D. Bruns in Berlin, D. Roth in München
und D. Böhlau in Rostock.

Siebenter Band.

Drittes Heft.

Weimar,
Hermann Böhlau.
1868.



Geschichtliche Entwickelung der fürstlichen Hausverfassung im deutschen Mittelalter.

Von

Herrn Professor Dr. Hermann Schulze in Breslau.

Thronfolge und Familienrecht der ältesten germanischen Königsgeschlechter.

Das Königthum ist keineswegs die allgemeine, ursprüngliche Verfassungsform aller deutschen Völkerschaften, aber es ist ein Erzeugniß echt deutschen Lebens, welches sich wesentlich von allen Monarchien der alten Welt unterscheidet. Es bringt seit den Zeiten der Völkerwanderung bei allen deutschen Stämmen durch, in der Regel nicht durch Usurpation, sondern auf organischem Wege durch freien Volkswillen. Das mit Volksfreiheit gepaarte Königthum (Tac. Germ. c. 7: „nec regibus infinita aut libera potestas") ist der tiefste Staatsgedanke der Germanen, an dessen Verwirklichung die Völker Europa's bis auf den heutigen Tag arbeiten.

Das germanische Königthum, als der Ausgangspunkt aller Staatsbildungen des Mittelalters und der Neuzeit, ist unzweifelhaft ein hochwichtiger Gegenstand rechtshistorischer Forschung; auch haben sich, in den letzten beiden Jahrzehnten, deutsche Forscher ersten Ranges mit den Uranfängen des germanischen Königthums beschäftigt; besonders hat Georg Waitz mit seiner kritischen Schärfe und klaren, durchsichtigen Auffassung der altgermanischen Zustände hier wahrhaft bahnbrechend gewirkt [1]). Trotz zahlreicher Widersprüche, die gegen ihn erhoben worden sind, muß doch im großen Ganzen das Resultat der Waitzischen Forschungen als ein gesichertes Besitzthum der deutschen Wissenschaft betrachtet werden. Die wesentlich auf das Franken-

---

[1]) Deutsche Verfassungsgeschichte Bd. I–IV. Kiel 1844—1861. 1. Bd. II. Aufl. 1865.

reich gerichteten Untersuchungen von Waitz haben dann durch die scharfsinnige Schrift von Rudolf Köpke „die Anfänge des Königthums bei den Gothen" (1859) und durch die umfassenden Quellenstudien von Felix Dahn in seinem gelehrten Werke „die Könige der Germanen" (I. und II. Abth. 1861. III. Abth. 1866) eine höchst dankenswerthe Erweiterung erhalten. Die beiden letztgenannten Schriftsteller stimmen, trotz mancher Abweichungen im Einzelnen, darin mit Waitz überein, daß das eigentliche Wesen des Königthums in der Erblichkeit besteht, wodurch es sich von jeder andern Herrschaftsweise unterscheidet.

Wenn der König, im Verhältniß zu den früheren Gaufürsten, zunächst auch keinen bestimmt nachweisbaren Zuwachs an Machtbefugnissen erhält, so ist doch durch die Erblichkeit der Ausgangspunkt für eine neue Stellung des Herrschers gewonnen. Sobald dem einzelnen Mitgliede der Königsfamilie kraft seiner Geburt ein gewisser Erbanspruch zusteht, so ist es nicht mehr allein die Uebertragung durch das Volk, worauf die Königsherrschaft ruht, sie erscheint vielmehr bereits als eine selbstständige, in sich berechtigte Würde. Freilich findet der Uebergang anfangs nicht nach einer bestimmten Erbfolgeordnung statt, neben der Erblichkeit der Königswürde besteht das Wahlrecht des Volkes noch fort, jedoch beschränkt auf eine bestimmte Familie, die gens regia, die edelste unter den edeln („reges ex nobilitate sumunt"). Bei allen Völkern, wo die Königswürde zur Geltung gekommen ist, giebt es daher ein solches königliches Geschlecht, von welchem abzugehen, so lange darin noch ein regierungsfähiger Sprößling vorhanden ist, für ein Unrecht, für einen Bruch mit dem ehrwürdigsten Lebensprinzip des Volkes gilt.[2])

Ueberall, wo die erbliche Berechtigung eines bestimmten Geschlechtes anerkannt ist, tritt das Familienrecht desselben mit der gesammten Staatsordnung in nähere Beziehung. Das Thronfolgerecht, jus succedendi, ruht auf der Abstammung von dem königlichen Geschlechte, wenn auch die Successionsordnung

[2]) Ueber diese Combination von Erb- und Wahlreich vergl. G. Philipps, über Erb- und Wahlrecht, 1836; J. Grimm, Rechtsalterthümer S. 231; Hermann Schulze, Recht der Erstgeburt in den deutschen Fürstenhäusern S. 13—47; derselbe, de testamenti Genserici comment. 1859. §. 1.

innerhalb desselben noch nicht bestimmt ausgebildet ist. Ein Inbegriff von Rechtsgrundsätzen über das Erb- und Familienrecht des regierenden Hauses, welchen wir mit dem nicht ganz zutreffenden, aber einmal üblichen Ausdruck, als Privatfürstenrecht zu bezeichnen pflegen, ist überall vorhanden, wo durch das Wesen der Erbmonarchie eine Wechselwirkung zwischen der öffentlichen Rechtsordnung des Staates und den Familienverhältnissen des Herrscherhauses begründet ist.

Bei der hohen Bedeutung des germanischen Königthums für die ganze moderne Staatsordnung Europa's, bei dem unverkennbaren Zusammenhang, welchen noch h. z. T. manche Grundsätze des europäischen Fürstenrechts, besonders der Thronfolge, mit jenen ältesten Zuständen, selbst mit einzelnen Sätzen der Volksrechte bewahrt haben[3]), halte ich es für nicht unwichtig, das gesammte Erb- und Familienrecht der ältesten germanischen Königsgeschlechter einer zusammenhängenden Untersuchung zu unterziehen. Ich übergehe hier absichtlich die eigentlich staatsrechtliche Entwickelung des altgermanischen Königthums, d. h. die Ausbildung der monarchischen Staatsgewalt und ihrer einzelnen Hoheitsrechte, und beschränke mich lediglich auf die fürstenrechtliche Seite, auf die Thronfolge und Hausverfassung der ältesten germanischen Königsgeschlechter. Ich trage kein Bedenken, auch in dieser Periode bereits von einer Hausverfassung zu reden, obgleich dieselbe weit mehr auf Observanz, als auf geschriebenen Statuten beruht und nur in wenig entwickelten Anfängen vorhanden ist. Wichtig für die Stellung des Königthums erscheint mir der Nachweis, daß sich bei allen germanischen Stämmen auch das königliche Geschlecht in seinen Familienbeziehungen nach dem Volksrechte des betreffenden Stammes richtete, indem es nicht über, sondern unter der allgemeinen Rechtsordnung stand.

Ich werde zuerst die wichtigsten Königsgeschlechter aus der Zeit der Völkerwanderung außerhalb des Frankenreiches und dann die beiden großen fränkischen Dynastien der Merowinger und Karolinger, von diesem Gesichtspunkte aus, besprechen und

---

[3]) H. Schulze, die Thronfolge in Bluntschli's Staatswörterbuch Bd. X. S. 528.

daran eine Untersuchung der fürstenrechtlichen Grundsätze knüpfen, welche im ostfränkischen oder deutschen Reiche galten, so lange in demselben noch ein dynastisches Erbrecht der Königsfamilien anerkannt war.

I. Die wichtigsten Königsgeschlechter der Völkerwanderung außerhalb des Frankenreichs.

1) Die Ostgothen[4]).

Das Königthum ist bei den Gothen uralt. Schon Tacitus bezeichnet sie als das vorzugsweise monarchische Volk. Von ihrem ersten Auftreten bis zu ihrem Untergange stehen die Gothen unter Königsherrschaft.

Die stammliche Unterscheidung in Ost- und Westgothen ist wahrscheinlich schon in den ältesten heimischen Sitzen des Volkes vorhanden gewesen. Die politische Trennung in Ost- und Westgothen vollzieht sich erst im vierten Jahrhundert, unter König Ermanarich. Bis dahin ist das gothische Königthum ein einheitliches, welchem das ganze Volk ungetheilt unterworfen ist. Vom König Ostrogotha wird ausdrücklich bezeugt, daß er über beide Theile des Volkes geherrscht habe.[5])

Die Amaler sind nicht das älteste Königsgeschlecht der Gothen; vor ihnen haben andere, wahrscheinlich drei, Dynastien geherrscht. Unter Berig wandern, nach der Sage des Volkes, die Gothen aus Scanzia aus; Filimer, der fünfte König nach ihm, führt sie zum Pontus. Ostrogotha ist der erste König aus dem Geschlechte der Amaler, aber auch nach ihm ist das Scepter nicht bei seinem Hause geblieben. Die nächsten Nachfolger Ostrogotha's, Cniva, Ararich, Aorich und Geberich sind keine Amaler. Die Dynastien haben gewechselt, in jedem einzelnen Geschlechte aber sucht die Erblichkeit sich zu behaupten, zuletzt in dem Geschlecht des Amalers Ermanarich, welcher als der Neubegründer des gothischen Königthums zu betrachten ist. Von Ermanarich bis Theo-

---

[4]) Manso, Geschichte des ostgothischen Reiches in Italien, 1824. Rudolf Köpke, Deutsche Forschungen, die Anfänge des Königthums bei den Gothen, 1859. Felix Dahn, die Könige der Germanen II. Abth. S. 51—242. III. Abth., 1866.

[5]) Jordanis de rebus Get. (Ausgabe von C. A. Cloß 1861) cap. 17: „cujus adhuc imperio tam Ostrogothae, quam Vesegothae, id est utrique ejusdem gentis populi, subjacebant."

dat läuft die Reihe amalischer Könige ununterbrochen. Wenn auch die Erbfolge nicht regelmäßig immer vom Vater auf den Sohn übergeht, so behauptet sich doch die amalische Dynastie zwei Jahrhunderte im Besitze der Königsherrschaft.[6]) Nachdem die Amaler aber einmal auf den Thron gelangt sind, geht ihr Bestreben dahin, ihren Stammbaum möglichst hoch hinaufzuführen, ihre Abstammung nach altgermanischer Weise an die Götter anzuknüpfen.[7]) Gaut oder Gapt, gewissermaßen der Urgothe, wird zum Stammvater der Amaler gemacht. Das Volk erblickt in seinem Königshause sein ältestes Geschlecht, in dem Ahnherrn seiner Könige seinen eigenen ältesten Stammvater. Erst der Urenkel dieses Halbgottes, Amala, hat dem Geschlecht den Namen gegeben, ein ehrenvoller Beiname, welcher so viel bedeutet als tapfer. Die Amaler sind die „viri strenui, die tapfern mühevollen Helden". Officiell wird die Erhabenheit des Königshauses von Cassiodor immer von neuem eingeschärft. Es ist die „regalis prosapia", das „genus purpuratum", die purpurea dignitas", die höher steht, als das Geschlecht anderer germanischer Könige, besonders der vandalischen Asdingen: „quaevis claritas generis Amalis cedit!" Theoderich ist „tantorum regum stirpe procreatus — qui ex hac familia progreditur, regno dignissimus approbatur."

Nach altgermanischer Auffassung ist auch bei den Gothen Erbrecht und Wahlrecht verbunden. Jeder Amaler fühlt sich, als solcher, zum Thron berufen, wenn die Wahl des Volkes dazu tritt. Die so eigenthümliche Mischung von Erb- und Wahlrecht spricht sich recht deutlich in dem aus, was Jordanis von Berismund, dem Sohne des Amalers Thorismund, erzählt: „Er wandert aus von den Ostgothen, die den Hunnen dienen, zu den Westgothen, im Bewußtsein seiner eigenen Tugend und des Adels seines Hauses, darauf vertrauend, daß die westgothischen Stammesvettern ihm, dem Erben so vieler Könige, gewiß die Herrschaft übertragen würden — denn wenn man einen Amaler wählen könnte, wer hätte da Bedenken getragen?"[8])

---

[6]) Köpke S. 101. Dahn Abth. II. S. 115 ff.

[7]) Jord. de rebus Geticis cap. 13: „Jam proceres suos, quorum quasi fortuna vincebant, non puros homines, sed semideos i. e. Anses vocaverunt."

[8]) Dahn a. a. O. S. 121. Jord. de rebus Get. cap. 23: „ad Vesegothorum regnum migravit, conscius enim erat virtutis et generis nobi-

Wenn Berismund auch, wider Erwarten, den westgothischen Thron bereits besetzt fand, so zeigt doch sein Anspruch, daß jeder Amaler, als solcher, sich zur Thronfolge, auch der westgothischen, berechtigt glaubte.

Ursprünglich hielten sich auch bei den Ostgothen die beiden bestimmenden Momente, das Erbrecht des Königshauses und das Wahlrecht des Volkes, das Gleichgewicht. Als aber Theoderich in Italien das Ostgothenreich begründet hatte, trat vor seiner mächtigen Persönlichkeit das Wahlrecht des Volkes in den Hintergrund, oder wurde wenigstens auf ein Minimum zurückgeführt. Es wurde alles Gewicht auf das Geblütsrecht und die imperatorische Designation gelegt, wodurch der König, nach Art der römischen Kaiser, seinen Nachfolger bezeichnete. Aber nach dem Sturz der Amaler, im Drange der Gefahr, trat das Wahlrecht des Volkes, als ein unverlorenes, echt germanisches Recht, wieder in den Vordergrund.

Wir werfen nun einen Blick auf die ostgothische Successionsgeschichte im Einzelnen, von Ermanarich bis zum Untergang des Reiches.

Auf Ermanarich folgt nicht dessen Sohn, sondern sein Großneffe Winithar, offenbar mittelst der Wahl des Volkes, mit Uebergehung des näheren Erben. Dem Winithar folgt, durch hunnischen Einfluß, dessen Oheim Hunimund, der Sohn Ermanarichs; diesem sein Sohn Thorismund; Thorismunds Sohn Berismund wandert zu den Westgothen aus. Auf Thorismund folgt, nach längerer Unterbrechung der Königreihe, sein Großneffe Walemer, ein Sohn des Wandalar, neben oder vielmehr unter welchem seine beiden Brüder Theodemer und Widemer herrschen [9]).

Das Verhältniß dieser drei Brüder ist fürstenrechtlich interessant.

Räumlich trat allerdings eine Trennung unter diesen Amalern ein. Walemer hatte seinen Sitz „inter Scarniungam et Aquam nigram fluvios", das heißt zwischen Sarvitza und Raab, Theodemer am See Pelsodis (Plattensee), Widemer in der

---

litatis, facilius sibi credens principatum a parentibus deferri, quem heredem regum constabat esse multorum. Quisnamque de Amalo dubitaret, si vacasset eligere?"

[9]) Stammbaum der Amaler bei Dahn Abth. I. S. 116.

Mitte zwischen beiden. Trotz dieser räumlichen Theilung ist die Zusammengehörigkeit der Theile, die Einheit des gothischen Gesammtreiches nicht aufgehoben: „quamvis divisi loco, consilio tamen uniti.“[10]) Dem Erstgeborenen Walemer wird unverkennbar ein Vorzug beigelegt, nur er wird von Jordanis als eigentlicher König, die beiden andern bloß als seine Brüder bezeichnet: „Ostrogothi, qui in Pannonia sub rege Walamir ejusque germanis Theodemir et Widemir morabantur.“ An anderer Stelle (cap. 48) sagt Jordanis, daß von diesen drei Brüdern nur der Aelteste Walemer als wahrer Reichssuccessor zu betrachten sei: „ex quibus per successionem parentum Walamir in regnum conscendit.“

Die jüngeren Brüder übten, unter der Oberherrlichkeit des Erstgeborenen, eine untergeordnete, nur locale Herrschaft über einen bestimmten Volks- und Landestheil aus, ein staatsrechtliches Verhältniß, wie es zu verschiedenen Zeiten und bei verschiedenen Völkern vorgekommen ist, um einerseits die Ansprüche mehrerer Brüder auf Herrschaft zu befriedigen, andererseits die Reichseinheit nicht ganz aufzulösen.

Als der erste Bruder „rex Walemer“ gefallen ist, tritt der zweite Bruder Theodemer an seine Stelle, wird nun eigentlicher König und nimmt die Abzeichen höherer, d. h. wahrhaft königlicher Gewalt an. „Walemere rege defuncto Theodemer in regno successit.“[11]) Erst von jetzt an heißt Theodemer „rex Gothorum“, und steht über dem dritten Bruder, welchen er aufbietet, die Lasten des Krieges gegen die Feinde zu theilen.[12])

Der Sohn Theodemers war Theoderich der Große, welcher das Ostgothenreich in Italien gründete. Von nun an herrschten die Gothenkönige nicht mehr über ein wanderndes Volk, sondern über ein geschlossenes Reich. Von dieser Zeit an fand auch strenge Individualsuccession statt, mit Ausschluß jeder Theilung unter mehrere Erbberechtigte.

---

[10]) Jord. de reb. Get. cap. 52.

[11]) Jord. de regn. successione.

[12]) Jord. cap. 54: „Gothi tunc, Walamire defuncto, ad fratrem ejus Theodemir confugerunt, qui quamvis dudum cum fratribus regnans (das heißt bis dahin als bloßer Unterkönig) tamen auctioris potestaris insignia sumens, Videmire fratre juniore accito etc. ...

Bei Theoderichs Thronbesteigung wirkten Erbrecht, Empfehlung des Vaters und zustimmende Wahl des Volkes zusammen.[13])

Theoderich der Große hinterließ keine Söhne; um jedoch die Krone im Geschlecht der Amaler zu erhalten, vermählte er seine Tochter Amalasuntha an Eutharich, einen westgothischen Großen aus dem Geschlechte der Amaler[14]). Den Sohn dieser Ehe, seinen Enkel, Athalarich, bestimmte er zu seinem Nachfolger. Das Recht der Geburt und der ausdrückliche Wille des Großvaters wurde durch die nachfolgende Volkswahl sanktionirt. Athalarich, obgleich nur ein Tochtersohn des Theoderich, succedirte demnach zugleich als Abkömmling der Amaler, aus deren Geschlecht auch sein Vater stammte. Daß die Söhne der andern Töchter des Theoderich hätten succediren können, welche an fremde Monarchen verheirathet waren, wäre undenkbar gewesen, so lange noch ein Sprößling vom Mannsstamme der Amaler am Leben war.

Athalarich selbst erklärte ebenso seine Abstammung vom Geschlecht der Amaler, wie die großväterliche Designation für den Rechtsgrund seiner Succession.[15])

Nach dem Tode Athalarichs wollte Amalasuntha die Herrschaft selbst behalten, sie nahm, da den Gothen Weiberherrschaft verhaßt war, den Theodat zum Mitregenten an.[16]) Die Erhebung Theodats ist eine durchaus absolutistische Designa-

---

[13]) Jord. de reb. Get. cap. 56: „Vocatis Gothis Theodoricum filium regni sui designat heredem." Manso a. a. O. S. 17. Dahn II. S. 121. Köpke S. 188: „Allmälig führten diese Wirren zu einer Vermittelung zwischen Erbanspruch und Wahl, die zu Gunsten des herrschenden Geschlechtes ausfiel; es war die Designation, die vorläufige Empfehlung oder Ernennung des Nachfolgers durch den Erblasser."

[14]) Jord. cap. 58: „Theodoricus ... comperit Eutharicum .. Amalorum de stirpe descendentem in Hispania degere ... Ad se eum facit venire, eique Amalasuentham filiam suam in matrimonio jungit". Eutharich stammte von jenem Berismund ab, welcher, zur Zeit der Hunnenherrschaft, zu den Westgothen ausgewandert war.

[15]) Cassiodor Var. VIII, 5: Den Gothen wird geschrieben: „(Avus noster) nos heredes regni sui, deo sibi imperante, substituit, ut successione sanguinis sui beneficia, vobis a se collata, faceret esse perpetua."

[16]) Jord. de regnorum succ.: „Mortuo Athalarico mater Theodatum, consobrinum suum, regni sui faciens participem. Marcellini chronicon (Roncallius II. p. 322) heißt es: „Quo tempore Theodatus rex Go-

tion; von einer Mitwirkung des Volkes ist keine Spur wahrnehmbar („mecum constitui principem — elegimus consortem regni nostri" heißt es bei Cassiodor X, 3). Es ist zugleich die Ernennung eines Mitregenten und eine designatio successoris; doch wurde dabei auch das Geblütsrecht berücksichtigt. Wollte man an dem Geschlechte der Amaler festhalten, so war, nach germanischem Recht, Theodat, als nächster Agnat der Erbe Athalarichs.[17]) Auch Jordanis sieht den Grund seiner Erhebung, wenigstens secundär, in der Verwandtschaft mit Theoderich: „germanitatis gratia accersitus erat."

Der erste Bruch mit dem Königshause der Amaler erfolgte durch die Absetzung des Theodat und die Erhebung des Vitigis. Es waren bedrängte Zeiten, wo man, statt eines feigen und unthätigen Königs, einen kühnen unerschrockenen Feldherrn brauchte. Mit vollem Bewußtsein wurde dieser Bruch des Legitimitätsprincips vollzogen.[18])

Hier sehen die Gothen zum ersten Male seit Ermanarich vom königlichen Blute ab und wählen nur nach persönlicher Tüchtigkeit. Dieses bewußte Abweichen von der altberechtigten Dynastie legen sie auch dadurch an den Tag, daß sie den Neugewählten auf den Schild heben. Nach der richtigen Ansicht von Waitz und Löbell findet aber nur dann eine feierliche Schilderhebung statt, wenn ausnahmsweise jemand zur Königsherrschaft berufen wird, welcher keinen erblichen Anspruch kraft seines Blutes hat, also vor allem dann, wenn jemand als der Erste seines Stammes den Thron besteigt.[19])

Vitigis selbst hat das Gefühl, daß ihm bei dem Mangel königlichen Blutes etwas abgehe an Würde und Ansehen. Darum beruft er sich, im Bewußtsein der mangelnden Abstammung vom Königsgeschlechte, auf eine Art geistiger Verwandtschaft mit

---

thorum Amalasuentham reginam creatricem suam, (d. h. welche ihn zum Könige gemacht hatte) de regno pulsam occidit."

[17]) R. Köpke, a. a. O. S. 185, F. Dahn, a. a. O. II. S. 192 ff.

[18]) Jord. cap. 60. Procop. de bello Gothico I. cap. 11.

[19]) Cassiodori Var. lib. X. ep. XXXI. enthält das Wahlmanifest des Königs Vitigis. Es weht darin ein ächt germanisch kriegerischer Geist; in der Zeit der Noth appellirte das Königthum wieder an seinen volksthümlichen Ursprung: „Indicamus parentes nostros Gothos inter procinctuales gladios, more majorum scuto supposito, regalem nobis contulisse dignitatem."

Theoderich: „iccirco parens ipsius (magni Theoderici) is debet credi, qui ejus facta potuerit imitari."

Ja, um seine Herrschaft zu sichern, sucht er wenigstens eine Verschwägerung mit dem Königsgeschlecht und zwingt die Matasuintha, eine Enkelin des Theoderich, sich mit ihm zu vermählen.[20])

Aber selbst, nach diesem einmaligen, nothwendigen Bruche mit dem germanischen Princip des erblichen Wahlreichs, in den Zeiten der Auflösung und des Untergangs, neigt sich der Sinn der Gothen doch immer wieder dahin, bei der Königswahl vor allem auf die Verwandten des Königs Rücksicht zu nehmen.

Nach der Gefangennahme des Vigitis vereinigten sich daher die Stimmen der Gothen auf Uraias, seinen Neffen. Erst als Uraias die Krone zurückgewiesen hatte, wählten sie auf seinen Vorschlag den Ildibald.

Nach dem Tode des Ildibald halten sich die Gothen ebenfalls wieder an dessen Familie und wählen den Totilas, seinen Brudersohn, und zwar, wie Procop ausdrücklich sagt, aus dem Grunde, weil in derselben Familie auch derselbe Geist zu wohnen pflege.[21])

So kam, selbst in den letzten Schmerzenszuckungen eines untergehenden Volkes, die ächt germanische Anhänglichkeit an eine bestimmte Dynastie und das damit zusammenhängende Princip des erblichen Wahlreichs immer wieder zum Vorschein.

Abgesehen von diesen Successionsgrundsätzen läßt sich wenig über das Familienrecht der ostgothischen Könige sagen.

Was die Ehen im Königshause betrifft, so ging allerdings das Bestreben dahin, sich mit andern Königshäusern zu verbinden. So war eine Tochter Theoderichs des Großen, Theudicodo, mit dem Könige der Westgothen, Alarich, die andere, Ostrogotha, mit dem Burgunderkönig Sigmund, Theoderich selbst mit Audifleda, der Tochter des fränkischen Königs Chilperich, seine Schwester Amalafrida mit dem Vandalenkönig Thrasamund, deren Tochter Amalaberga mit Hermanfried, dem Könige der Thüringer, ver-

---

[20]) Jord. de regn. succ.: „regnumque suum confirmans ... privata conjuge repudiata, regiam puellam Mathesuentham, Theoderici regis neptem, sibi plus vi quam amore copulat.

[21]) Proc. de bello gothico III, 2.

heirathet. Obgleich solche Ehen für besonders ehrenvoll galten, so kamen doch auch Verbindungen mit andern Weibern vor, meistens wohl in der Form des germanischen Concubinats, welches einer formlosen Ehe nah verwandt war. Auch die Kinder solcher Concubinen waren successionsfähig. So war Theoderich der Große selbst der Sohn der Beischläferin Erelieva, ohne daß deshalb irgend ein Einwand gegen seine Thronfolgefähigkeit erhoben worden wäre. Ebenso waren die beiden oben erwähnten ältesten Töchter des Theoderich mit einer Beischläferin erzeugt, dennoch galten sie als Prinzessinnen des Hauses und mächtige Könige trugen kein Bedenken, sie als ihre königlichen Gemahlinnen heimzuführen.[22])

In Bezug auf die Mitgift ostgothischer Prinzessinnen, welche sich in fremde Königshäuser vermählten, ist die Notiz von Interesse, daß Amalafrida, die Schwester Theoderichs des Großen, bei ihrer Verheirathung mit dem Vandalenkönig Thrasamund, das wichtige Vorgebirge Lilybäum erhalten haben soll. Als nämlich Belisar, nach Eroberung des Vandalenreichs, Lilybäum, als eine Pertinenz dieses Reiches, seinem Kaiser vindiciren wollte, erklärten die Ostgothen auf das bestimmteste: daß selbst, wenn Theoderich seiner Schwester eine derartige Mitgift gegeben hätte, diese Schenkung Theoderichs an seine Schwester, die jedenfalls nur als lebenslänglicher Nießbrauch gemeint sei, den Byzantinern keinen Anspruch auf Lilybäum geben könne.[23]) Die Regel bildete auch hier die Ausstattung der Königstöchter mit fahrender Habe, wie dies ein Brief Theoderichs an den König Hermanfrid von Thüringen beweist.[24])

---

[22]) Jord. cap. 58 sagt von Theoderich: „Antequam ergo de Audefleda sobolem haberet, naturales ex concubina, quas genuisset adhuc in Moesia, filias habuit, ... quas mox ut in Italiam venit, regibus vicinis in conjugio copulavit."

[23]) Proc. de bello Vand. II, 5: „εἰ δὲ Θευδέριχος τὴν ἀδελφὴν τῷ Βανδίλων βασιλεῖ ξυνοικοῦσαν τῶν τινι Σικελίας ἐμπορίων ἐκέλευσε χρῆσθαι, οὐδὲν τοῦτο πρᾶγμα. οὐδὲ γὰρ ἂν τοῦτο δικαιώματος ὑμῖν ὁτουοῦν ἀξίωσιν φέροι." Die Ostgothen bestritten damit dem Könige das Recht, einen Reichstheil, in der Form der Mitgift, definitiv dem ostgothischen Reiche zu entfremden.

[24]) Cassiod. Var. IV, 1: „Destinavimus et nos quidem, quae principalis ordo poscebat, sed nihil majus persolvimus, quam quod nos tantae feminae decori copulavimus." Es scheinen wesentlich

Es fanden bei den Ehen des ostgothischen Königshauses die Grundsätze und Formen der volksrechtmäßigen Eheschließung ihre volle Anwendung. Das s. g. pretium, die meta wurde auch bei der Verheirathung königlicher Prinzessinnen von dem Bräutigam an den bisherigen Mundoaldus der Braut gezahlt.[25])

Auch Vormundschaften über unmündige Könige kommen in der Geschichte der Ostgothen mehrfach vor. Der nächste Erbe des kinderlosen Thorismund war sein unmündiger Großneffe Walemer. Bei aller Anhänglichkeit an ihr Königshaus wollten die Gothen statt des Knaben einen tüchtigen Mann, den Gensimund, zum König wählen. Dieser aber in edler Treue schlug die Krone aus und erhielt sie dadurch dem jungen Prinzen, während er selbst die Pflichten der Vormundschaft erfüllte.[26])

Nach dem Tode Theoderichs succedirte allerdings unmittelbar sein Enkel Athalarich. Da derselbe aber noch ein Kind war, so regierte seine Mutter Amalasuntha für ihn und mit ihm als Vormünderin, bis zu seinem Tode, welcher im achtzehnten Jahre seines Alters erfolgte.[27]) Daß die Berufung der Mut-

---

Schmuckgegenstände gewesen zu sein, welche Theoderich seiner Nichte Amalaberga mitgab.

[25]) So schreibt Theoderich der Gr. bei Verheirathung seiner Nichte Amalaberga an ihren Bräutigam, den König Hermanfried von Thüringen: „indicamus ... more gentium suscepisse pretia destinata, equos argenteo colore vestitos, quales esse decuit nuptiales, Cassiod. Var. IV, ep. 1. Ob diese „pretia destinata" Eigenthum des Theoderich oder der Braut wurden, ob sie ein Mundschatz im ältern oder neuern Sinne waren, läßt sich nicht erkennen, nur so viel steht fest, daß der königliche Bräutigam einen aus beweglichen Sachen bestehenden Kaufpreis bezahlte. Da sich die Form der Eheschließung regelmäßig nach dem Recht des Bräutigams richtet, so weist dies allerdings auf altthüringische Gewohnheit hin. Theoderich bezeichnet sie aber zugleich als einen allgemeinen Gebrauch der germanischen Völker, also auch des ostgothischen Volkes. Vergl. hierüber die gründliche Schrift R. Schröders, Geschichte des ehelichen Güterrechts Th. I. S. 75.

[26]) Cassiod. Var. VIII, 9.

[27]) Jordanis cap. 59 sagt: „Athalaricum vix decennem, filium Amalasunthae, regem constituit Theodericus", und unmittelbar nachher: „Athalaricus rex ejusque mater paene per octo annos in pace regnarunt." Proc. de bello Goth. I, 2: „Τελευτήσαντός τε αὐτοῦ παρέλαβε τὴν βασιλείαν Ἀταλάριχος, ὁ Θευδερίχου θυγατριδοῦς, ὀκτὼ γεγονὼς ἔτη καὶ ὑπὸ τῇ μητρὶ Ἀμαλασοῦνθῃ τρεφόμενος ... Ἀμαλασοῦνθα δὲ ἅτε τοῦ παιδὸς ἐπίτροπος οὖσα, τὴν ἀρχὴν διῳκεῖτο."

ter zur Vormundschaft aus einem Einflusse des römischen Rechtes zu erklären sei, ist unwahrscheinlich, da auch bei andern germanischen Völkern, z. B. den Franken, wo ein solcher Einfluß nicht denkbar ist, eine mütterliche Vormundschaft bei unmündigen Königen vorkommt. Nur so viel ist gewiß, daß bei den Ostgothen die Regierung einer Frau weder beliebt noch gewöhnlich war.[28])

2) Die Westgothen.

Bei der Thronfolge der westgothischen Könige tritt von Anfang an das Wahlrecht mehr in den Vordergrund.

In diesem unruhigen Volke, welches seinen wandernden Staat von den Küsten des schwarzen Meeres nach dem äußersten Westen Europas trug, konnte die Anhänglichkeit an ein bestimmtes Königsgeschlecht am wenigsten Wurzel schlagen. Dazu kam, daß die Westgothen, nach ihrer Trennung von den Ostgothen, kein altberechtigtes Königsgeschlecht unter sich hatten, welches, wie die Amaler, die Tradition der Jahrhunderte für sich gehabt hätte. Zwar wählten sie ihren ersten König Alarich aus dem Geschlecht der Balthen, welches unmittelbar an Ansehen auf die Amaler folgte,[29]) aber es war doch kein Königsgeschlecht, aus dem bereits ein lange Reihe von Königen hervorgegangen war.

Obgleich bei den Westgothen das reine Wahlprincip sehr früh staatsrechtlich feststeht, so tritt doch die Hinneigung zur Erbmonarchie, welche einmal im deutschen Wesen liegt, selbst hier öfters wieder hervor. Nicht nur hält man sich bei der Wahl häufig an das Geschlecht des verstorbenen Königs, sondern von fast allen bedeutenden Königen wird erzählt, daß sie mit dem Plane umgingen, die Krone in ihrer Familie erblich zu machen.

Nach dem Tode König Alarichs wählten die Westgothen seinen Verwandten Athaulf zum König.[30]) Dagegen läßt

---

[28]) Jord. cap. 59: „Amalasuntha ne pro sexus sui fragilitate a Gothis sperneretur etc."

[29]) Jord. cap. 29: „ordinant super se regem Alaricum, cui erat post Amalos secunda nobilitas Baltharumque ex genere origo mirifica, qui dudum ob audaciam virtutis Baltha, id est audax nomen inter suos acceperat."

[30]) Jord. cap. 30: „Mortuo Alarico Vesegothae Athaulfo ejus consanguineo regnum tradunt". Köpke sagt: „Alarich hatte das König-

sich nicht nachweisen, daß Wallia, den die Westgothen nach Athaulfs Tode wählten, ein Verwandter von Athaulf oder gar dessen Bruder gewesen sei. Nach dem Tode Wallias (419) erhoben die Gothen den Theoderich zum König. Daß er ein Enkel Alarichs gewesen, wie Gibbon sagt, oder ein Sohn Wallias, wie andere angeben, läßt sich aus den Quellen nicht nachweisen.[31]) Nach dem Tode des Theoderich erhielt sein ältester Sohn Thorismund die Zustimmung aller Gothen.[32]) Das Geschlecht des Theoderich hielt sich am längsten auf dem Throne: Thorismund, Theoderich II., Eurich, Alarich II., Gesalich gehörten zu diesem Hause.

Seitdem König Theudes den Mittelpunkt des Reiches nach Spanien verlegt hatte (531), wurde der Charakter des Wahlreichs schärfer ausgeprägt.[33]) Jeder Freie, der sich durch Tapferkeit im Kriege oder durch Verstand und Reichthum im Frieden Ansehen und Würde erworben hatte, konnte auf die Wahl Einfluß haben und selbst gewählt werden. Erst in späterer Zeit, als die Aristokratie eine größere Uebermacht erhalten hatte, wurde die Bestimmung getroffen, daß die Könige nur aus alten gothischen Geschlechtern gewählt werden sollten.[34])

---

thum bei den Westgothen wieder erweckt und festzustellen gesucht, doch das Wichtigste war, die werdende Gewalt zu vererben. Als er starb, war er in den besten Mannesjahren, seine Kinder waren in die Hände der Römer gefallen, bei seinem Tode ist von ihnen nicht die Rede. Bei den Balthen blieb das Königthum nicht. Dennoch war es ein dynastischer Versuch, als Athaulf, der Bruder von Alarichs Frau, die Führung übernahm, nicht allein seine Stellung, auch sein verwandtschaftliches Verhältniß war entscheidend."

[31]) Joseph Aschbach, Geschichte der Westgothen, S. 113. Köpke, S. 135: „Darauf wird Theoderich I. erhoben; er stiftet zuerst ein Königshaus. Ihm zuerst schreibt Olympiodor eine Herrschaft „ἀρχή" zu. Als Theoderich im Kampfe gefallen, erheben die Gothen auf dem catalaunischen Schlachtfeld seinen Sohn Thorismund durch einen nationalen Akt als König; so wird er Ahnherr eines Geschlechtes, das über hundert Jahre die Westgothen beherrschte."

[32]) Nach Jordanis c. 36 hatte Theoderich sechs Söhne, von denen er Thorismund und Theoderich mit in den Krieg genommen, die übrigen vier zu Hause gelassen hatte. Bei den Westgothen stand die Individualsuccession so fest, daß an eine Theilung des Reichs unter mehrere Söhne gar nicht gedacht wurde.

[33]) Aschbach, S. 187.

[34]) Aschbach, S. 258. Concil. Tol. V. can. III.

Ein naturgemäßer Zug führte indessen auch hier alle kräftigen und machtvollen Könige zu Bestrebungen, welche auf die Erblichmachung der Krone hinausgingen; wenigstens suchten die westgothischen Wahlkönige den Uebergang auf einen Sohn dadurch zu erreichen, daß sie denselben bei Lebzeiten zum Mitregenten annahmen, ein Verfahren, welches an ähnliche Bestrebungen der deutschen Wahlkaiser erinnert. Besonders stark verfolgte K. Leovigild die Absicht, den Thron in seiner Familie erblich zu machen[35] (572). Diese Bestrebungen tauchten immer von neuem wieder auf. So erreichte auch Sisebut († 620) die Erhebung seines Sohnes Reccareds II. auf den Thron, den er auch schon bei Lebzeiten als Mitregenten angenommen hatte.[36] Auch Suinthila erhielt die Bewilligung der Gothen, nach dem Beispiel Leovigilds, seinen Sohn Ricimer als Mitregenten anzunehmen; doch warfen auch ihm die eifersüchtigen Großen vor, daß er den Plan habe, das Reich in seiner Familie erblich zu machen.[37] Auch das Ansehen des Chindaswinth war so groß, daß er seinen Sohn Receswinth, mit Bewilligung der Gothen, zu seinem Nachfolger ernennen konnte (649). Da er einsah, daß die Wahlstreitigkeiten am meisten zur Zerrüttung des Reiches beigetragen hatten, so hatte auch er die Absicht, das Wahlreich in ein Erbreich zu verwandeln. Allein auch seine Bestrebungen scheiterten an dem Widerstande der geistlichen und weltlichen Magnaten, welche die Gefährdung ihres Einflusses bei jeder Stärkung des Königthums befürchteten.[38] Sein Sohn Receswinth ging in seiner Nachgiebigkeit gegen die Aristokratie sogar so weit, das Reich der Westgothen ausdrücklich für ein reines Wahlreich zu erklären,[39] eine staatsrechtliche Eigenschaft, in

---

[35]) Der spanische Geschichtschreiber Joannes Marianna in seiner historia de rebus Hispaniae L. V. c. 11 sagt: „Leuvigildus ad reipublicae statum converso animo atque studio jus suffragii antiquandi, quo Gothorum proceres eatenus reges creare soliti erant quod ad stabiliendam in familia regni successionem magnopere referre cogitabat, Ermengildum et Reccaredum filios regni consortes declaravit.“

[36]) Aschbach, S. 241.

[37]) Aschbach, S. 243.

[38]) Aschbach, S. 253.

[39]) Aschbach, S. 255. Daniels Handbuch der deutschen Staatenrechtsgeschichte I, S. 364.

welcher der Hauptgrund zum schnellen Untergang des ganzen Reiches und Volkes gesucht werden muß.

Nach der furchtbaren Zerstörung, welche über das Reich der Westgothen hereinbrach, sammelten sich die zerstreuten Ueberreste der Gothen unter dem tapfern Don Pelayo und bildeten ein neues Königreich. In den Gebirgen Asturiens kehrte man zu dem ältesten germanischen Prinzip des erblichen Wahlreichs zurück. Eine bestimmte Thronfolgeordnung findet anfangs noch nicht statt, aber das Volk hält sich mit seiner Wahl ausschließlich an die Nachkommen des Pelayo. Seit dem Ende des zehnten und dem Anfang des elften Jahrhunderts kommt das Wahlrecht der Nation außer Uebung, das Königreich Asturien ist ein reines Erbreich geworden.

Die weitere Entwickelung der Staatssuccession auf der pyrenäischen Halbinsel gehört nicht zu unserer Aufgabe; wir beschränken uns lediglich auf das eigentliche Westgothenreich, welches bereits im Jahre 711 seinen Untergang fand.[40])

Auch die westgothischen Könige bestrebten sich, Ehen mit Königstöchtern zu schließen, und ihre Töchter an Könige oder Prinzen aus regierenden Häusern zu verheirathen. So legte Athaulf hohen Werth auf seine Vermählung mit der Placidia, der Tochter des Kaisers Theodosius, der Schwester des Honorius. So verheirathete der König Athanagild seine jüngere Tochter Brunhild an Chlotar, König der Franken, seine älteste Tochter Galsuintha an Chilperich, König der Franken. Von den zwei Töchtern des Theoderich war die eine an den Suevenkönig Rechiarius, die andere an Hunnerich, Genserichs Sohn, verheirathet. König Witterich († 610) gab seine Tochter Ermenberga dem Könige Theoderich von Burgund zur Ehe. König Amalarich heirathete die Schwester des Frankenkönigs, Chlotilde.

Solche Ehen galten als besonders ehrenvoll, aber keinesweges waren Ehen mit andern Weibern deshalb ausgeschlossen. Ja die Gothen gaben in einem Falle selbst dem Sohne einer Concubine den Vorzug vor dem ehelich geborenen Sohne einer

[40]) Ueber die Entwickelungsgeschichte der Thronfolge auf der pyrenäischen Halbinsel vergleiche Heinrich Zöpfl, über die spanische Successionsfrage (1839) und mein Gutachten über die portugiesische Thronfolge (1854), auch abgedruckt in der Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft (1854).

Prinzessin, weil jener ein kriegstüchtiger Mann, dieser ein unmündiges Kind war. Alarich nämlich hinterließ einen fünfjährigen Sohn, Amalarich, den er mit seiner Gemahlin, einer ostgothischen Prinzessin, erzeugt hatte, und einen Bastard Gesalich. Diesen wählten die Gothen zu ihrem König, ohne irgend einen Anstoß an seiner Geburt zu nehmen.

So bestieg ein unehelicher Sohn des Reccared, Namens Liuva den Thron, obgleich seine Mutter, Badda, von unedler Geburt war und Reccared erhob sogar später seine frühere Concubine zur Königin der Westgothen.

Die westgothischen Königstöchter erhielten bei ihrer Verheirathung eine Aussteuer von ihrem Vater oder Vormund, wie dies aus einer Stelle des Gregor von Tours IV c. 27. 28 hervorgeht.

Eine eigenthümliche Bestimmung des Eherechts im Königshause verbietet der Wittwe des Königs, sich, nach dem Tode ihres Gemahls, wieder zu verheirathen.[41])

Einige interessante fürstenrechtliche Sätze sind auch im Volksrecht der Westgothen enthalten, welche sich auf die Trennung der Staats- und Privatverlassenschaft des verstorbenen Monarchen beziehen und an Genauigkeit mit den feinsten Anordnungen der neuern Hausgesetze wetteifern können. Die Lex Visigothorum stellt es sich ausdrücklich zur Aufgabe: „quod antea ordinare oportuit negotia principum et postea populorum", oder: „ordinanda igitur sunt primo negotia principum." Lib. II. Tit. I., 4.

In dem Nachlasse des Königs werden unterschieden

a) alle seit König Chintila's Zeiten von westgothischen Königen erworbenen Sachen,
b) solche Sachen, welche der regierende König selbst bereits vor seiner Thronbesteigung besessen oder nachher von seinen Eltern oder nächsten Verwandten durch Succession oder sonstwie erworben hat.

Ueber beide Vermögensbestandtheile kann jeder König während seines Lebens frei verfügen. Verfügt er aber nicht

---

[41]) L. Visig. XII. Tit. II. „Quintus canon sequitur, ne defuncto principe relictam ejus conjugem quispiam sibi aut in conjugio aut in adulterio audeat copulare."

inter vivos und hinterläßt auch keine letztwillige Disposition, so wird jene Unterscheidung des Gesetzes von Bedeutung. Alle sub a bezeichneten Sachen gehen, in Ermangelung einer solchen Disposition, auf jeden Thronfolger über, weil präsumirt wird, daß der verstorbene König sie für die Krone erworben und dem Krongut incorporirt habe.[42]) Alle Vermögensbestandtheile sub b dagegen, welche der König vor seiner Thronbesteigung besessen hat, oder welche ihm nachher von seinen Eltern oder Verwandten durch Erbschaft, Schenkung oder sonstwie zugefallen sind, gehören zu seiner Privatverlässenschaft und gehen, in Ermangelung einer letztwilligen Verfügung, nicht auf den Thronfolger, sondern auf die landrechtlichen Erben des Königs über. Dies sind zunächst seine Söhne, in Ermangelung derselben seine andern nächsten Erben, wie sie durch das Gesetz, d. h. das westgothische Volksrecht, berufen werden: si filii defuerint, heredibus quoque legitimis hereditatis jura patebunt, sicut etiam ceteris lege vel successione patere noscuntur. Aus diesen Worten geht hervor, daß auch bei den Westgothen auf den König und sein Haus die Bestimmungen des Volksrechts angewendet wurden, soweit nicht durch seine hervor-

[42]) Lex Visig. Lib. II. Tit. I, 6: „De rebus autem omnibus a tempore Chintilani regis hucusque a principibus acquisitis aut deinceps si provenerit acquirendis, quaecunque forsitan princeps inordinata reliquit sive reliquerit quoniam pro regni apice probantur acquisita fuisse, ad successorem tantundem regni decernimus pertinere; ita habita potestate, ut quidquid ex his elegerit facere, liberum habeat velle. In illis autem rebus, quae ipsi aut de bonis parentum aut de quorumcunque provenerint successionibus proximorum, ita eidem principi ejusque filiis, aut, si filii defuerint, heredibus quoque legitimis hereditatis jura patebunt, sicut etiam ceteris lege vel successione patere noscuntur. Quod si aliquid ex rebus de quorumcunque parentum aut proximorum non solum successione, sed etiam qualibet collatione aut quolibet contractu ad jus ipsius pervenisse patuerit, si contingat haec inordinata relinqui, non ad successorem regni, sed ad filios vel heredes ejus, qui conquisivit, specialiter omnis eadem conquisitio pertinebit. Nam et de illis rebus, quas idem princeps ante regnum aut ex proprio, aut ex justissimo conquisitu dinoscitur habuisse, irrevocabili ordine aut faciendi exinde, quod voluerit, potestatem habebit, aut certe filiis ejus successio plena patebit. Quod si filii defuerint, legitimis heredibus, ex his quae inordinata reliquerit, hereditatem adire licebit."

ragende staatsrechtliche Stellung abweichende Grundsätze hervorgerufen waren. Diese Bestimmung über den Nachlaß des Monarchen wurde für so wichtig gehalten, daß kein König den Thron besteigen sollte, ohne die Erfüllung derselben ausdrücklich beschworen zu haben, insbesondere, daß er die Erben des vorigen Königs nicht beeinträchtigen wolle.[43]).

3) Die Vandalen.

Die Vandalen bilden einen Zweig des großen gothischen Stammes.[44]) Bei ihnen giebt es ein uraltes Herrschergeschlecht, aus welchem alle ihre Könige, seit Beginn ihrer Geschichte, hervorgegangen sind, es ist das Geschlecht der Asdinger: „Asdingorum e stirpe, quae inter eos eminet genusque indicat bellicosissimum.“[45]) Auch bei den Vandalen standen in der ältesten Zeit mehrere Führer neben einander, welche bisweilen auch Könige genannt werden.[46]) Erst als dieses Volk, in den Zeiten der Völkerwanderung, einen größern politischen Schauplatz betrat, ist die Einheit des Königthums auch hier entschieden. Von Godigiskl an herrschte immer nur Ein König über das Volk der Vandalen. Auch bei den Vandalen galt in der ältesten Zeit der Grundsatz des erblichen Wahlreichs. Daher fand nicht immer Erblichkeit vom Vater auf den Sohn statt; sobald letzterer unmündig war, setzte ihn das Volk bei Seite und wählte den nächsten wehrhaften Verwandten zum Könige, gewöhnlich den Bruder des Verstorbenen. So folgte zwar auf Godigiskl sein Sohn Gunderich, aber diesem folgte nicht einer von seinen Söhnen, sondern sein kriegstüchtiger Bruder Genserich, welcher das mächtige Vandalenreich in Afrika gründete. Dieser König ist für uns dadurch im hohen Grade interessant, daß er der erste germanische König war, welcher für alle seine Nachkommen ein Haus- und Thronfolgegesetz erließ.[47])

[43]) Lex Visig. a. a. O.: „Hujus sane legis sententia in solis principum erit negotiis observanda atque ita perpetim valitura: ut non antea quispiam solium regale conscendat, quam juramenti foedere hanc legem se in omnibus implere promittat.“

[44]) Procop. de bello vand. I, 2.

[45]) Jord. de rebus Geticis cap. 22.

[46]) Paulus Diacon. de gestis Lang. I, 7. Diocassius LXXI, 12. Dexippi hist. excerpt. pag. 20. ed. Bonnensis.

[47]) Hermannus Schulze de testamento Genserici seu de anti-

Genserich, welcher mit mächtiger Hand sich das ganze nördliche Afrika unterworfen hatte, hob auch intensiv die königliche Macht zu einer vorher unbekannten Höhe; vor allem brach er, in einem furchtbaren Blutbade, die Macht des alten vandalischen Adels.[48]) Da dieser natürlich den Haupteinfluß auf die Königswahlen ausgeübt hatte, so konnte Genserich jetzt wagen, das Wahlrecht ganz aufzuheben und das Vandalenreich in ein reines Erbreich grundgesetzlich zu verwandeln. In seinem sog. Testament, welches seiner Natur nach aber ein wahres Reichsgrundgesetz war, gab er seinem Volke vielerlei Vorschriften *(ἐν αἷς ἄλλα τε πολλὰ Βανδίλοις ἐπέσκηψε)*, vor allem ordnete er darin die Thronfolge für alle Zeiten.[49]) Die Stelle des Procop, de bello Vand. I, 7, worin dieses Thronfolgegesetz enthalten ist, lautet:

„*Χρόνον δὲ ὀλίγον Γιζέριχος ἐπιβιοὺς ἐτελεύτα, πόῤῥω που ἤδη ἡλικίας ἥκων διαθήκας διαθέμενος, ἐν αἷς ἄλλα τε πόλλα Βανδίλοις ἐπέσκηψε καὶ τὴν βασιλείαν ἀεὶ Βανδίλων ἐς τοῦτον ἰέναι, ὅς ἂν ἐκ γόνου ἄῤῥενος αὐτῷ Γιζερίχῳ κατὰ γένος προσήκων πρῶτος ὢν ἁπάντων τῶν αὐτοῦ ξυγγενῶν τὴν ἡλικίαν τύχοι.*“

Durch dieses Gesetz wurde zunächst der wichtigste Punkt, die Festsetzung der Individualsuccession, erledigt. Würden nicht ohne ein solches ausdrückliches Gesetz, nach dem Tode des Genserich, alle seine Söhne vielleicht einen Theil des Reichs für sich verlangt haben, wie die Söhne Chlodwigs im Frankenreich thaten? Würde eine solche Reichstheilung nicht das Vandalenreich geradezu vernichtet haben, welches inmitten einer feindseligen Bevölkerung schon an und für sich eine sehr bedrohte Stellung einnahm? Daher war es ein wahrhaft staatsmännischer Akt, daß Genserich die Untheilbarkeit des neugegründeten

---

quissima lege successoria in Germanorum regnis. Jenae 1859. Siehe die eingehende und im Wesentlichen mir beitretende Besprechung dieser Schrift von Felix Dahn in der Kritischen Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtsw. Bd. II. S. 133—149.

[48]) De testam. Gens. p. 12 und 38. Prosperi chronicon p. 666.

[49]) Uebrigens räume ich F. Dahn ein, daß eine nachträgliche Genehmigung dieses Reichsgrundgesetzes durch das Volk stattgefunden haben mag, vielleicht nach dem Tode des Genserich, wenn sich eine solche aus den Quellenzeugnissen auch nicht beweisen läßt.

Königreichs feststellte und die Individualsuccession hausgesetzlich sanktionirte.

Aber damit war noch nicht genug geschehen; es kam darauf an, sowohl das Successionsrecht, als die Successionsordnung festzustellen. Bei einem nähern Eingehen auf die mitgetheilte Stelle des Procop findet sich, daß Genserich beide Punkte in seinem Hausgesetze vollständig geordnet hat.

I. Das Successionsrecht haben nur die Descendenten des Genserich: *„τὴν βασιλείαν ἀεὶ Βανδίλων ἐς τοῦτον ἰέναι, ὅς ... αὐτῷ Γιζερίχῳ κατὰ γένος προσήκων“*; denn Genserich, obgleich dem alten Königsgeschlecht der Asdinger entsprossen, gilt als der Gründer des Reichs, als der primus acquirens, als der Stammvater der Vandalenkönige in Afrika.[50])

Aber nicht alle Descendenten sind successionsfähig, sondern nur die selbst männlichen Geschlechts und durch Männer mit dem ersten Erwerber verwandt sind. Genserich schließt daher Frauen und Cognaten aus und stellt für die Thronfolge das rein-agnatische Princip auf: *„ἐκ γόνου ἄῤῥενος αὐτῷ Γιζερίχῳ κατὰ γένος προσήκων“*.

II. Aus der ganzen Zahl der thronfolgeberechtigten Agnaten beruft die Successionsordnung nur Einen Thronfolger. Die Successionsordnung ist weder die der Primogenitur[51]), noch die des Majorats, sondern die des Seniorats, d. h. es wird weder auf die Linie, noch auf die Nähe des Grades gesehen, sondern lediglich auf das Alter, d. h. aus allen successionsberechtigten Agnaten wird derjenige berufen, welcher den Jahren nach der Aelteste ist: *„πρῶτος ὢν ἁπάντων τῶν αὐτοῦ ξυγγενῶν τὴν ἡλικίαν τύχοι.“* Wenn daher beim Tode eines Königs mehrere Enkel vorhanden sind, so wird nicht gefragt, welcher Enkel vom erstgebornen Sohne abstammt, sondern lediglich, wer von allen Enkeln den Jahren nach der Aelteste ist. Diesen Fall entscheidet Victor Vitensis ausdrücklich nach den Grundsätzen des Seniorats; er spricht nämlich einem Enkel des Genserich die Succession zu, obgleich dieser von einem jüngeren Sohne abstammt, während doch noch Hilderich, ein Sohn des

---

[50]) De testam. Gens. p. 39 n. 64.

[51]) Wie M. A. von Bethmann-Hollweg, die Germanen vor der Völkerwanderung S. 54 behauptet.

Hunerich, des erstgeborenen Sohnes des Genserich, vorhanden ist, nur weil der vom jüngern Sohne stammende Enkel den Jahren nach der älteste ist: „ille filius (Theoderici junioris filii Genserici) cui secundum constitutionem Genserici, eo quod major omnibus esset, regnum inter nepotes potissimum debebatur.“ [52])

Auch kann die dritte Stelle, welche diese Thronfolgeordnung charakterisirt, bei Jordanis de rebus Geticis cap. 33 nur im Sinne des Seniorats erklärt werden:

„Gensericus ante obitum suum filiorum agmen accitum ordinavit, ne inter ipsos de regni ambitione esset dissensio, sed ordine quisque et gradu suo, qui aliis superviveret, i. e. seniori suo fieret sequens successor et rursus ei posterior ejus.“

Es würde unrichtig sein, aus dem vereinzelten Ausdrucke „gradu suo“ auf Anordnung eines Gradualmajorates schließen zu wollen. Jordanis braucht das Wort „Grad“ nicht im strengjuristischen Sinne, sondern bezeichnet damit nur die bestimmte Stelle, welche jemand in der Reihenfolge der Agnaten einnimmt. Dies ist um so klarer, als die letzten besonders hervorgehobenen Worte des Jordanis gerade die deutlichste Beschreibung des Seniorats enthalten. [53])

Das Testament des Genserich wurde bis zum Untergange des Vandalenreichs als das wichtigste Grundgesetz angesehen und die Thronfolge darnach geregelt. [54]) Auf Genserich folgte sein ältester Sohn Hunerich, auf diesen aber nicht sein Sohn Hilderich, sondern nach einander zwei seiner Neffen, Gunthamund und Thrasamund, weil sie den Jahren nach älter waren, als sein Sohn.

Erst nach dem Tode des Thrasamund fiel die Succession an die Linie Hunerichs zurück, an den nunmehrigen Familiensenior Hilderich. Diesem wäre unstreitig sein Verwandter Gelimer gefolgt, wenn nicht letzterer bereits, bei Lebzeiten des

---

[52]) Victor Vitensis de persecutione Vandalorum L. II. §. 5.

[53]) Die Gründe, aus welchen Genserich die an sich weniger zweckmäßige Successionsordnung des Seniorats einführte, habe ich auseinandergesetzt in der Schrift de testamento Genserici §. 8 p. 19.

[54]) Eine ausführliche Darstellung der vandalischen Successionsgeschichte findet sich in meiner Schrift de testamento Genserici §. 10 S. 23.

Hilderich die Krone usurpirt hätte. Sein hausgesetzliches Successionsrecht wurde sogar von seinem Gegner, dem Kaiser Justinian, anerkannt. Merkwürdig ist die Wichtigkeit, welche dieser Kaiser dem Hausgesetze des Genserich beilegt.

Sobald Justinian von der Absetzung des Hilderich und der Usurpation des Gelimer gehört hatte, schickte er eine Gesandtschaft an letzteren, welche dem Usurpator das Hausgesetz des Genserich einschärfen und ihm wegen dessen Verletzung in das Gewissen reden sollte. Bekanntlich zeigt sich der juristische Typus Justinians sogar in seiner auswärtigen Politik; seine Kriegserklärungen und Manifeste gleichen juristischen Deduktionen. Um so bedeutsamer sind sie für uns vom rechtshistorischen Standpunkt, auch wo sie auf das Recht eines fremden Volkes Rücksicht nehmen.

„Du handelst frevelhaft (schrieb Justinian dem Usurpator) und gegen das Testament des Genserich, indem du einen hochbejahrten und verwandten Mann gefangen hältst, den **König** der Vandalen, wenn den Beschlüssen des Genserich noch irgend eine Kraft innewohnt, und indem du mit Gewalt eine Herrschaft usurpirst, welche dir doch in kurzem **hausgesetzlich** (*κατὰ νόμον*) zufallen würde. Handle nicht ferner unrecht und tausche nicht statt des Königsnamens die Bezeichnung eines Usurpators ein ... Warte ab, bis die Zeit und das Hausgesetz des Genserich dir den Königstitel giebt.“[55])

In seinem Antwortschreiben erkannte Gelimer ebenfalls die volle Kraft des Genserich'schen Statuts an und gründete auf dasselbe sogar seine eigene Berechtigung zur Herrschaft. Aber er behauptete, daß Hilderich rechtmäßig vom Volke abgesetzt und daß **ihm**, nach Eröffnung des Throns, die Krone hausgesetzmäßig zugefallen sei, da er unter allen agnatischen Nachkommen des Genserich, mit Ausnahme des abgesetzten Hilderich, der Aelteste

[55]) Procop. de bell. Vand. I., 9. „*Οὐχ ὅσια ποιεῖς οὐδὲ τῶν Γιζερίχου διαθηκῶν ἄξια· γέροντά τε καὶ ξυγγενῆ καὶ βασιλέα Βανδίλων, εἴ τι τῶν Γιζερίχῳ βεβουλευμένων ὄφελός ἐστιν, ἐν φυλακῇ ἔχων, καὶ βίᾳ τὴν ἀρχὴν ἀφαιρούμενος, ἐξὸν αὐτὴν ὀλίγῳ ὕστερον χρόνῳ κατὰ νόμον λαβεῖν. μηδὲν οὖν ἐργάσῃ περαιτέρω κακὸν μηδὲ τοῦ βασιλέως ὀνόματος ἀνταλλάξῃ τὴν τοῦ τυράννου προσηγορίαν, ... προσδέχου τε ἀπὸ τοῦ χρόνου καὶ τοῦ Γιζερίχου νόμου μόνον λαβεῖν τὸ τοῦ πράγματος ὄνομα.*“

sei.[56]) Letzteres war allerdings der Fall, wie Procop selbst bezeugt,[57]) und es konnte daher nicht die nächste Anwartschaft Gelimers auf den Thron, wohl aber das in Frage kommen, ob die Absetzung Hilderichs rechtmäßig erfolgt sei?

Bei der im vandalischen Reiche feststehenden Individualsuccession kam nur Einer aus dem ganzen Agnatenkreise zur Regierung; die übrigen waren nicht regierende Glieder des königlichen Hauses. Der technische Ausdruck für dieselben bei Procop ist „ἀνέψιοι“ d. h. Vettern, ohne daß man dabei an einen bestimmten Verwandtschaftsgrad denkt. Für ihren Unterhalt war durch den großen Grundbesitz gesorgt, welchen die königliche Familie innehatte. So vertheilte Genserich seine Güter in Afrika unter seine zwei Söhne Hunerich und Genzo; der jüngste, Theodorus, war, wie Procop bemerkt, schon gestorben, ohne männliche oder weibliche Nachkommen zu hinterlassen, sodaß eine Versorgung desselben oder seiner Linie nicht in Betracht kam.

Während bei Völkern, wo das Theilungsprincip galt, wie bei den Franken, die Brüder sich einander völlig gleich fühlten, ist es eine nothwendige Consequenz der Individualsuccession bei den Vandalen, daß die nachgebornen, nicht regierenden Brüder sich, ihrem ältesten regierenden Bruder gegenüber, ganz als Unterthanen benahmen.[58])

In Bezug auf die Ehen scheint das vandalische Königshaus ebenfalls keine bestimmten Ebenbürtigkeitsgrundsätze gehabt zu haben. In dem ganzen Stammbaum der vandalischen Könige kommen nur drei Prinzessinnen aus regierenden Häusern vor, eine westgothische Prinzessin, erste Gemahlin des Hunerich, die

---

[56]) Procop. de bello Vandal. I, 9. „οὔτε βίᾳ τὴν ἀρχὴν ἔλαβον οὔτε τι ἀνόσιον ἐς ξυγγενεῖς τοὺς ἐμοὺς εἴργασται. Ἰλδέριχον γὰρ νεώτερα πράσσοντα ἐς οἶκον Γιζερίχου καθεῖλε τὸ τῶν Βανδίλων ἔθνος· ἐμὲ δὲ ὁ χρόνος ἐς τὴν βασιλείαν ἐκάλεσε, κατά γε τὸν νόμον τὰ πρεσβεῖα διδούς.“

[57]) Procop. de bello Vand. I, 9. „Ἦν δὲ τις ἐν τῷ Γιζερίχου γένει Γελίμερ, ὁ Γελάριδος τοῦ Γένζωνος τοῦ Γιζενίχου, πόρρω που ἡλικίας ἥκων μετὰ Ἰλδέριχον, καὶ διὰ τοῦτο ἐπίδοξός τε ὢν αὐτίκα μάλα ἐς τὴν βασιλείαν ἀφίξεσθαι.“

[58]) So redet Tzazon seinen Bruder Gelimer in voller Unterthanendevotion an: „ὦ Βανδίλων τε καὶ Αλανῶν βασιλεῦ“. Procop. de bello Vand. I, 24.

römische Kaisertochter Eudocia, zweite Gemahlin des Hunerich, und Amalafrida, die Schwester des Ostgothenkönigs Theoderich I., Gemahlin Thrasamunds; alle andern Könige und Prinzen der Vandalen sind mit Frauen aus unbekanntem Stamme, wahrscheinlich mit Töchtern ihres eigenen Volkes vermählt. Selbst die Abstammung von einer unfreien Beischläferin scheint bei den Vandalen die Successionsfähigkeit nicht beeinträchtigt zu haben. Ihr größter König Genserich war von Godegiskl mit einer Magd erzeugt („cum serva sit illi certa parens“).[59]

4) Die Langobarden.

Bei den Langobarden giebt es kein Geschlecht, an welches sich, wie bei den Ostgothen an die Amaler, bei den Vandalen an die Asdinger, bei den Franken an die Merovinger, von den frühesten Zeiten an, die ganze Volksgeschichte knüpft. Ja, es hat sogar den Anschein, als ob nicht Gesetz und Herkommen, sondern Willkühr und Glück, ja bisweilen sogar bloße Weiberlaune die königliche Erbfolge bei den Langobarden bestimmt habe. Allein bei näherer Untersuchung stellt sich heraus, daß auch die Langobarden bei ihren Königswahlen möglichst das Königsgeschlecht berücksichtigten, daß auch bei diesem Volke das Princip des erblichen Wahlreichs lebendig war. Es läßt sich von Leth bis zu Luitprand ein verwandtschaftlicher Zusammenhang erkennen, wenn man dabei auch auf die weibliche Verwandtschaft Rücksicht nimmt.[60] Es ergiebt sich aus den geschichtlichen Thatsachen, daß bei den Langobarden auch der Weibsstamm des Königshauses successionsberechtigt war, während bei den Franken von frühester Zeit an der entgegengesetzte Grundsatz galt, welchen man als salisches Gesetz zu bezeichnen pflegt.[61]

---

[59]) Sidon. Apollin. Carm. II, 58. An einer andern Stelle, Carm. V, 57, sagt derselbe: „famula satus olim.“ Procop. de bello Vand. I, 3: *Γιζέριχος δὲ νόθος.*

[60]) Ich verdanke die Einsicht in den verwandtschaftlichen Zusammenhang der langobardischen Könige von Leth bis zu Luitprand den Stammtafeln, welche Otto Abel seiner Uebersetzung des Paulus Diaconus beigefügt hat. (Die Geschichtschreiber der deutschen Vorzeit. 1849.)

[61]) Ueber das salische Gesetz in diesem Sinne vergl. meinen Art. Capetinger in Bluntschlis Staatswörterb. B. II, S. 352 ff.

Lange vor ihrem Zuge nach Italien, aber keineswegs vom Anbeginn ihrer Geschichte, haben die Langobarden Königen gehorcht. Die Einführung des Königthums ist bei ihnen ein ganz bestimmter staatsrechtlicher Akt.[62]) Ihre ersten Könige stammen aus der Familie der Gunginger. Dies Geschlecht erlosch schon mit dem dritten Könige Lamicho. Von dieser Zeit an blieb die Thronfolge im Geschlechte des Königs Leth.[63]) Der Mannsstamm der Lethinger erlosch in der siebenten Generation. Das Thronrecht kam nun auf Seitenlinien und auf die weibliche Nachkommenschaft. In der Wahl Cleph's und der darauf folgenden königslosen Zeit tritt die vom altgermanischen Erbprincip sich losmachende Willkühr mit allen ihren verderblichen Folgen hervor.[64]) Mit der Wahl des Autharis knüpfte man wenigstens an den letzten König wieder an. Der erwählte König Autharis suchte die Krone auf seinem Haupte dadurch zu befestigen, daß er sich mit der bayerschen Prinzessin Theudelinda vermählte. Es kam ihm bei dieser Wahl weniger darauf an, daß sie die Tochter des Bayernherzogs war, als daß sie, eine Enkelin des Königs Wacho, aus dem alten Königsblute der Lethinger stammte. Man findet es auffallend oder sieht bisweilen darin sogar eine „wunderbare Galanterie", daß die Langobarden, nach dem Tode des Königs Autharis, seiner Wittwe Theudelinda gestatteten, sich einen Gemahl, ihnen einen König zu erwählen. Das Auffallende verschwindet, wenn man bedenkt, daß Theudelinda nicht bloß Königin-Wittwe, sondern Königin aus eigenem Geblütsrecht war. Sie wählte Agilulf, welcher nach ausdrücklicher Angabe von Paulus Diaconus, von mütterlicher Seite ein Verwandter des Königs Autharis war; er wurde darauf von den Langobarden als König bestätigt („confirmata igitur Agilulfi regia dignitate", Paul. Diacon. IV. c. 1). Dasselbe Verfahren wurde bei Gundiperga, der Tochter der

---

[62]) Paulus Diaconus I., 14. „Nolentes jam ultra Langobardi esse sub ducibus, regem sibi ad ceterarum instar gentium statuerunt. Regnavit igitur super eos primus Agelmundus, filius Ayonis, ex prosapia ducens originem Gungincorum, quae apud eos generosior habebatur."

[63]) Paulus Diac. I, 21. „Hi omnes Lithingi fuerunt, sic enim apud eos quaedam nobilis prosapia vocabatur."

[64]) Otto Abel a. a. O. S. 252.

Theudelinda, beobachtet. Nach dem Tode ihres Bruders Adelwald galt sie als die nächste Erbberechtigte; sie brachte die Krone nach einander auf ihre beiden Gemahle, Arivald und Rotharis. Als nach dem Tode des Königs Rodualb die gesammte Nachkommenschaft der Theudelinda erloschen war, kam die Krone an Aripert, König Wacho's Urenkel, und blieb in seinem Geschlechte bis auf Aripert II. Mit Ansprand kam ein neues Geschlecht auf den Thron, dessen Zusammenhang mit den Lethingern wir nicht mehr verfolgen können. Von dieser Zeit an wird das Erblichkeitsprinzip mehr und mehr vernachlässigt, Regel und Ordnung verschwindet bei der Thronfolge. Der letzte König Desiderius war nicht königlichen Geschlechtes, ja nicht einmal einer alten bedeutenden Herzogsfamilie gehörte er an, er war nur ein vornehmer Dienstmann am königlichen Hofe gewesen.[65])

In dieser Loslösung vom altgermanischen Prinzip der Thronfolge lag auch der Keim des nahenden Untergangs. In der Zeit ihrer Blüthe und Macht huldigten, wie eben nachgewiesen, auch die Langobarden, dem allgemein germanischen Princip des erblichen Wahlreiches.

Mit diesem Prinzip des erblichen Wahlreiches war nothwendig auch das der Individualsuccession verbunden. Es war eine verhängnißvolle Abweichung, als, nach dem Tode des Aripert, seine beiden Söhne Pertari und Godipert das Reich der Langobarden theilten;[66]) Godipert nahm seine Residenz zu Ticinus, Pertari zu Mailand. Diese erste Theilung war aber auch, wie gewöhnlich, die Ursache von Bruderzwist, sodaß der eine Bruder das Reich des andern an sich zu reißen strebte („ut alter alterius regnum invadere conaretur"), ja daß schließlich beide Brüder ihr Reich an Grimuald verloren.

Bei den Langobarden kam es häufig vor, daß der regierende König einen Mitregenten, gewöhnlich seinen Sohn, unter Zustimmung des Volkes, annahm, oder daß ihm ein solcher vom

---

[65]) Sigurd Abel, der Untergang des Langobardenreichs in Italien. 1859. S. 58.

[66]) Paulus Diac. IV, 53. „Igitur Aripertus, postquam apud Ticinum per annos novem Langobardos rexerat, diem obiens, regnum duobus filiis suis adhuc adolescentibus, Bertarido et Godeberto, regendum reliquit".

Volks gesetzt wurde.[67]) Es geschah dies häufig deshalb, damit der König schon bei Lebzeiten in Bezug auf die Nachfolge seines Sohnes sichergestellt würde, ähnlich wie dies im westgothischen und später auch im deutschen Reiche Sitte war.

Einem unmündigen Nachfolger pflegte der Vater einen Regierungsvormund zu bestellen.[68])

Was die Ehen der langobardischen Könige betrifft, so zeigt sich bei ihnen ein nicht zu verkennendes Streben, Ehen mit andern deutschen Königshäusern zu schließen; unter den Gemahlinnen der langobardischen Könige kommen gothische, fränkische, bayerische, thüringische Prinzessinnen vor. Den Königsgeschlechtern gleichgestellt wurden auch die langobardischen Herzogsgeschlechter.

Die Herzöge, duces, bei den Langobarden hatten entschieden mehr zu bedeuten, als die fränkischen Grafen. Zunächst waren sie schon früher, als es noch keine Könige gab, Vorsteher des Volkes gewesen, wie die principes bei Tacitus.[69]) Aber auch nach Einführung der Königswürde blieb das Ansehen solcher alten Herzogsgeschlechter bestehen. Es galt als ein erhabener Vorzug, von einer herzoglichen Familie abzustammen, besonders nachdem mehrere derselben, wie die großen Herzöge von Spoleto und Benevent, die Ansprüche auf Erblichkeit ihrer Würde durchzusetzen gewußt hatten.[70]) Eheliche Verbindungen zwischen dem

---

[67]) Paul. Diac. IV. c. 31. „Igitur levatus est Adaloaldus rex super Langobardos apud Mediolanum in Circo in praesentia patris sui Agilulfi regis etc.“ VI. c. 35. „Cernentes Langobardi hujus (Ansprandi) interitum, Liutprandum, ejus filium, in regali constituunt solio. Quod Ansprandus, dum adhuc viveret audiens, valde laetatus est.“ So setzten die Langobarden auch dem König Liutprand seinen Neffen als Mitregenten Paul. Diacon. VI, 55. „Rex autem Liudprandus cum hoc cognovisset, non aequo animo accepit, tamen de infirmitate convalescens, eum regni sui habet consortem.“ Dagegen nahm der letzte König Desiderius freiwillig seinen Sohn Adelchis als Mitregenten an, um dadurch seinen Nachkommen die Krone zu sichern. Sigurd Abel S. 71.

[68]) Paul. Diac. IV. c. 17. „Cunibertus regnum Langobardorum Liutberto filio adhuc puerilis aetatis reliquit, cui tutorem Ansprandum virum sapientem et illustrem contribuit.“

[69]) Carl Hegel, Geschichte der Städteverfassung von Italien, I., S. 453.

[70]) Sigurd Abel a. a. O. S. 14.

Königshause und den Herzogsfamilien waren daher ganz an der Tagesordnung.[71]) Auch verliehen die Könige nicht selten die Herzogthümer ihren Söhnen und Verwandten,[72]) so daß dieselben gewissermaßen wie Paragien für die nichtregierenden Glieder des Hauses angesehen wurden.

Großen Werth scheint man bei den Langobarden darauf gelegt zu haben, daß ihre Könige sich mit Frauen deutscher, nicht römischer Abstammung verheiratheten. Es findet sich außer Rachis kein Beispiel, daß ein langobardischer Fürst eine nicht deutsche Frau genommen hätte.

In Bezug auf diese Ehe des Königs Rachis kommt in der Chronik des Mönches Benedikt vom Berg Sorakte eine Stelle vor, welche für die Familienverhältnisse der langobardischen Königsfamilie von Interesse ist. Dieselbe lautet:

„Obiit Liutprandus rex, accepit Rachisi uxorem de hurbem Roma, nomine Tassia et disrupit lex paterna Langobardorum, morgyncaph et mithio, quae in legibus affixum est, non adimplevit. Fecit autem donationes cartulae Romanae etc.“

In dieser Stelle wird es dem Rachis zum Vorwurf gemacht, daß er bei Eingehung einer Ehe mit einer Römerin das langobardische Volksrecht gebrochen, insbesondere dessen eigenthümliche Rechtssätze in Bezug auf Morgengabe und meta, mithium nicht beobachtet habe.[73]) Diese Verletzung des nationalen Rechtes, der lex paterna, galt den Langobarden als ein so schwerer Abfall von der heimischen Sitte, daß sie schon deshalb die Absetzung eines so unpatriotisch gesinnten Königs für gerechtfertigt hielten. Diese Stelle des Chronisten legt ein unumstößliches Zeugniß ab, daß bei den Langobarden, wie bei allen ger-

---

[71]) So war mit dem Herzog Grimuald Wigilinda vermählt, eine Schwester König Cuniberts, eine Tochter Pertaris. So war Herzog Romuald von Benevent vermählt mit Guntberga, der Tochter Aurona's, König Liutprands Schwester. Paulus Diaconus VI., 48.

[72]) So machte König Albuin seinen Neffen Gisulf zum Herzog von Friaul, Paul. Diac. II, 9, König Luitprand seinen Neffen Ansprand zum Herzog von Spoleto, Paul. Diac. VI, 56, seinen Enkel Gisulf zum Herzog von Benevent VI, 57.

[73]) Vergl. über diese Institute bei den Langobarden Richard Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts I. Theil, die Zeit der Volksrechte. 1863. S. 26—38.

manischen Völkern, das Volksrecht auch das Recht des Königshauses war, nach welchem dasselbe seine gesammten privatrechtlichen Beziehungen, besonders sein Familienrecht, zu regeln hatte.

5) Die Burgunder.

Bei den Burgundern gab es Könige lange vorher, ehe sie ihr Reich in Gallien gegründet hatten. Nach Ammianus Marcellinus wurde dem burgundischen Könige der Name Hendinus beigelegt.[74]) Die Genealogie der burgundischen Könige ist, trotz der verschiedensten Versuche scharfsinniger Gelehrten, nicht vollständig aufgeklärt worden.[75]) Wir sind daher außer Stande, die in diesem Volke geltenden Successionsbestimmungen klar zu übersehen und beschränken uns daher auf folgende Thatsachen.

Auch bei den Burgundern gab es ein altes Königsgeschlecht, das Geschlecht Günthers oder das der Gibikungen, welches bis zuletzt auf dem burgundischen Throne saß. Die gewöhnliche Ansicht, daß nach Gundicarius ein westgothisches Geschlecht auf den Thron gekommen sei, welche sich auf eine Notiz Gregors von Tours stützt, ist zu verwerfen oder vielmehr mit Zöpfl dahin zu erklären, daß, wenn Gregor die Könige Gundovech und Chilperich Nachkömmlinge des westgothischen Königs Athanarich nennt, er damit offenbar nicht auf ihre Abstammung von väterlicher, sondern von mütterlicher Seite hindeutet. Vielmehr ist anzunehmen, daß die Reihenfolge der Burgunderfürsten im Mannesstamme, bis auf den Untergang des Reiches, niemals unterbrochen worden ist.

Bei den Burgundern stand die Individualsuccession keineswegs fest, sondern es regierten mitunter mehrere Brüder zugleich nebeneinander. Aus den wenigen uns überkommenen Nachrichten geht hervor, daß der älteste Bruder eine Art Obergewalt, ein Oberkönigthum, über seine mitregierenden Brü-

---

74) Siehe Ammianus Marcell. 28, 5, wo die Nachricht über den Hendinus und die Art seiner Absetzung enthalten ist.

75) Hierher gehören besonders die Forschungen von Jacob Grimm in seiner Geschichte der deutschen Sprache, Bd. II. S. 704, ein Aufsatz von Müllenhof „Zur Geschichte der Nibelungensage" in der Zeitschrift für deutsches Alterthum Bd. II., eine Beleuchtung dieser Schrift in den Heidelberger Jahrbüchern von Heinrich Zöpfl, 1856, Nr. 43 und eine Abhandlung von F. Bluhme das westburgundische Reich und Recht bei Bekker und Muther B. I. S. 48—90, 1857.

der ausübte. So hinterließ König Gundioch vier Söhne, von denen mehrere als Mitregenten erscheinen, doch blieb Gundobald dabei der eigentliche Oberkönig über alles burgundische Land. Die Residenz des Oberkönigs war regelmäßig zu Lyon, während einer der mitregierenden Brüder zu Genf zu sitzen pflegte. So bezeichnet der Ostgothenkönig Theoderich den Gundobald als den eigentlichen Herrscher der Burgunder: „princeps eorum Gundovaldus est", an ihn schickt er seine Gesandten nach Lyon. Erst nachdem diese hier ihren Zweck erreicht hatten, wandten sie sich nach Genf, wo Godegisel, der jüngere Bruder, seinen Sitz aufgeschlagen hatte: „fuit Genevae, ubi Godigiselus, germanus regis, larem statuerat." Es ist bemerkenswerth, daß Godegisel hier nicht König genannt, sondern nur als der Bruder des eigentlichen Königs mit einer besondern Hofhaltung aufgeführt wird.[76])

II. Die Dynastie der Merovinger.

1) Das Successionsrecht der Merovinger.

Das Königthum der Franken ragt in ihre vorgeschichtliche Zeit hinein; doch gilt auch bei ihnen, wenigstens in der Sage des Volkes, die Einführung des Königthums und die Erhebung des ersten Königs als ein epochemachender staatsrechtlicher Akt. Die frühern Häuptlinge werden nur als duces, regales, subreguli bezeichnet und von dem rex, als wirklichem König, bestimmt unterschieden.[77]). Wie bei den Gothen die

[76]) Diese ganze Gesandtschaftsreise findet sich, nach Ennodius de vita Epiphanii, dargestellt bei Ernst Theodor Gaupp, die germanischen Ansiedelungen, S. 287. Bemerkenswerth ist, daß bei den Burgundern des Nibelungenliedes ganz dasselbe staatsrechtliche Verhältniß eines Oberkönigs zu seinen Brüdern, als untergeordneten Königen, hervortritt: „Hinterläßt der verstorbene König mehrere Söhne, so theilen sie unter einander Lande und Burgen, allein nur Einem der Söhne, wahrscheinlich in der Regel dem Erstgeborenen, gebührt die eigentliche Herrschaft über das ganze Reich, sodaß ihm gegenüber die andern, gleichwohl auch mit dem Ehrennamen „künige" bekleidet, in einem Verhältniß der Unterordnung sich befinden und daher in politischen Dingen zum Gehorsame verpflichtet sind." H. G. Gengler, Rechtsalterthümer im Nibelungenliede. 1861.

[77]) Gregor II. cap. 9: „De Frankorum vero regibus, quis fuerit primus, a multis ignoratur. Nam cum multa de eis Sulpicii Alexandri

Amaler, bei den Vandalen die Asdinger, so gelten bei den Franken die Merovinger als die gens regia, als die durch Geburt zur Königsherrschaft berufene Familie.[78]) Auch diesem Geschlecht wird ein sagenhafter, übernatürlicher Ursprung beigelegt.[79])

Wie lange vor Chlodovech das Königthum im Geschlecht der Merovinger bestanden hat, läßt sich nicht bestimmen; nur so viel steht fest, daß das Geschlecht, aus welchem Chlodovech stammte, schon drei bis vier Menschenalter vor ihm im Besitz der königlichen Würde gewesen war, wenigstens bei den salischen Franken.[80])

Chlodovech selbst gilt einerseits als der Sprößling einer erlauchten königlichen Ahnenreihe;[81]) aber auch andererseits, wie Genserich bei den Vandalen, als Neugründer des Reichs; als Stifter einer Dynastie, als primus acquirens im staatsrechtlichen Sinne. Das Reich, welches er gründete, erwarb er nicht nur für sich, sondern zugleich für sein ganzes Haus. Chlodowechs Geschlecht war hinfort das herrschende im ganzen Reiche der Franken.

In dieser unerschütterlichen Festigkeit der Dynastie lag das erhaltende Prinzip des Frankenreiches. Auch hier fehlte es nicht an Umwälzungen und Thronstreitigkeiten; nie aber rüttelte man an dem Fundament der Dynastie. Es ist mit Recht bemerkt worden, daß bei den Franken sich die Treue weit mehr auf die Dynastie überhaupt, als auf ein bestimmtes Individuum derselben bezog.[82]) Wenn daher Gregor von Tours den Westgothen vorwirft, daß sie die verabscheuungswürdige Gewohnheit angenommen hätten, ihre Könige zu ermorden und ganz nach Belieben andere an ihre Stelle zu setzen,[83]) so kann er allerdings sein

---

narret historia, non tamen regem primum eorum ullatenus nominat, sed duces eos habuisse dicit." Später heißt es: „Marcomere et Sunnone Francorum regalibus" und „Sunnonem et Marcomerem subregulos."

[78]) Das Geburtsrecht der Merovinger hebt Venant. Fortunat. mit folgenden Worten hervor: „Rector habes nascendo decus."

[79]) Hist. Franc. epit. c. 9.

[80]) J. W. Löbell, Gregor von Tours S. 220.

[81]) Venant. Fortunat. VI, 4:
„Nam quoscumque velim veterum memorare parentum,
Stirpis honorificae regius ordo fuit."

[82]) J. W. Löbell a. a. O. S. 222.

[83]) Gregor III, 30: „Sumserant Gothi hanc detestabilem consuetu-

Volk von diesem letzten Vorwurf freisprechen; denn zwar auch die Franken haben manchfach ihre Könige verlassen, verrathen und gestürzt, aber niemals haben sie dann nach Belieben, wie die Westgothen, sich irgend jemand zum König gesetzt, sondern sie sind fortwährend und ohne Ausnahme ihrer königlichen Dynastie treu geblieben. Nie haben die Franken, bis zur großen Staatsveränderung im achten Jahrhundert, einen König anerkannt, welcher nicht zum Hause der Merovinger gehörte. Es wurde als ein allgemeines Nationalunglück betrachtet, wenn die Dynastie zu erlöschen drohte.[84]) Selbst kleine hülflose Kinder galten als Schutz der Nation, als Unterpfand ihres Bestehens, wenn sie nur aus dem Blute der Merovinger entsprossen waren.[85]) Sogar wenn sich Rebellen gegen die königliche Gewalt auflehnten, war ihr erster Schritt, daß sie sich für Merovinger ausgaben; so verfuhren z. B. die beiden Prätendenten Munderich und Gundobald, deren wirkliche Abstammung aus diesem Geschlechte zweifelhaft ist.[86])

Auch als die Merovinger völlig entartet waren, als die wirkliche Macht ihren kraftlosen Händen entglitten war, konnten die mächtigen Großen doch des schwachen Schattenkönigs aus dem Hause der Merovinger nicht entbehren, an welchem nun einmal die Verehrung der Völker, die ehrwürdige Tradition der Jahrhunderte haftete.

Als der Hausmeister Grimoald versuchte, seinen eigenen Sohn auf den Thron zu heben und seiner Familie die Königs-

---

dinem, ut si quis eis de regibus non placuisset, gladio eum adpeterent et, qui libuisset animo, hunc sibi statuerent regem."

[84]) Löbell a. a. O. S. 221. G. Waitz II. S. 92.

[85]) Greg. VII. c. 8. Löbell S. 221 Anm. 2. Greg. IX, 36: „Viri fortiores qui in urbe erant Suessonica sive Meldensi, venerunt ad eum (Childebertum) dicentes: Da nobis unum de filiis tuis, ut serviamus ei, scilicet ut, de progenie tua pignus retinentes nobiscum, facilius resistentes inimicis, terminos urbis tuae defensare studeamus." Die tapfern Männer baten um einen vierjährigen Knaben, damit er ihnen als Schutz diene.

[86]) Greg. III, 14: „Mundericus igitur, qui se parentem regium adserebat, elatus superbia ait: Quid mihi et Theoderico regi? Sic enim mihi solium regni debetur, ut illi." VII, 27: „Ego regis Chlotacharii sum filius (inquit Gundobaldus) et partem regni de praesenti sum percepturus."

würde von Austrasien zuzuwenden, erschlugen ihn die Franken und wendeten sich zu dem neustrischen König Chlodovech II. aus merovingischem Geschlecht (656).[87] Es bedurfte noch des Ablaufs eines Jahrhunderts, um das Geschlecht der Merovinger in der Meinung des Volkes herabzubringen, um den Ruhm des neuen Geschlechtes durch die glänzendsten Heldenthaten zu befestigen, ehe Pipin der Kleine es wagen konnte, den letzten Merovinger vom Throne zu stoßen (752).

2) Die Successionsordnung der Merovinger.

Auch bei den Franken galt in der ältesten Zeit das Prinzip des erblichen Wahlreichs; sie wählten, wie Gregor sagt, gelockte Könige aus ihrer ersten und edelsten Familie.[88])

Aber seit Chlodovechs Zeit war das Wahlrecht des Volkes völlig in den Hintergrund getreten. Seine mächtige Herrscherpersönlichkeit hatte die monarchische Gewalt so gesteigert, daß das Reich, besonders in seinen neuen Eroberungen, als ein Erbgut seiner Familie betrachtet wurde. Bei den vielen Reichstheilungen und Thronbesteigungen ist nirgends die Rede von einer Zustimmung des Volkes, selbst nicht einmal von einer öffentlichen Anerkennung des neuen Königs. Erst in der spätesten Zeit der Merovinger, wo das Königthum ganz in den Händen der Großen liegt, tritt der Einfluß der Aristokratie auf die Erhebung der Könige hervor. In der ganzen Zeit der eigentlichen merovingischen Königsmacht ist das fränkische Reich ein reines Erbreich.

Dieses reine Erblichkeitsprinzip fällt auch schon damaligen Schriftstellern als eine Eigenthümlichkeit des fränkischen Staatsrechts auf.[89])

---

[87]) Gesta Franc. c. 43: „ut erat morte dignus propter scelus, quod in dominum exercuit, morte vitam finivit." Waitz II. 627.

[88]) Greg. II, 9: „juxta pagos vel civitates reges crinitos super se creavisse de prima et ut ita dicam nobiliori suorum familia."

[89]) Theophanis chronogr. ed. Classen p. 619: „ἔθος γὰρ ἦν αὐτοῖς τὸν κύριον αὐτῶν ἤτοι τὸν ῥῆγα κατὰ γένος (d. h. lediglich nach Geblütsrecht) ἄρχειν." Fulco in Flodoardi hist. Rem. IV, 5: „quod in omnibus paene gentibus notum fuerit, gentem Francorum reges ex successione (d. h. im Gegensatz zu andern Völkern, bei denen auch die Wahl in Betracht kam, lediglich nach Erbfolgerecht) habere consuevisse."

Bei dem feststehenden Successionsrecht aller männlichen Descendenten Chlodovechs und bei dem Wegfall des Wahlrechts der Nation fragt sich, in welcher Reihenfolge die Erbberechtigten zur Succession berufen wurden?

Ein Haus- und Thronfolgegesetz hat es bei den Merovingern nie gegeben; selbst Chlodovech, welcher doch als Reichsgründer zu einer solchen Festsetzung berufen schien, hat sich nie zu dem Gedanken erhoben, die Thronfolge in seinem Geschlecht hausgesetzlich zu ordnen, wie dies der Vandale Genserich gethan hatte.

So ruht denn die Successionsordnung lediglich auf dem Gewohnheitsrecht, auf dem Herkommen der Familie. Während bei denjenigen Stämmen, wo das Wahlrecht noch mit dem Erbrecht Hand in Hand ging, nicht selten der Bruder des verstorbenen Königs dessen unmündigen Sohn ausschloß, steht bei den Franken die Succession der Söhne gewohnheitsrechtlich fest.[90]) Selbst unmündige Kinder wurden in diesem Recht der Erbfolge geschützt.[91]) Wenn es einmal der Uebermacht eines gewaltthätigen Oheims gelang, das Recht eines unmündigen Sohnes zu unterdrücken, so kam dieses Recht doch zur praktischen Anerkennung, wenn ein neuer Erledigungsfall eintrat.[92])

Gregorii M. homilia 10: „In Persarum Francorumque terra reges ex genere prodeunt.“ Vergl. Waitz II. S. 93.

[90]) Dies bezeugt Agathias mit folgenden Worten I. 3. p. 18. (ed. Bonn.): „*Οὕτω μὲν οὖν οἱ Φράγγοι ἄριστα βιοῦντες σφῶν τε αὐτῶν καὶ τῶν προσοίκων κρατοῦσι, παῖδες ἐκ πατέρων τὴν βασιλείαν διαδεχόμενοι.*“ Eine solche regelmäßige Erbfolge de patre ad filium mußte besonders dem Byzantiner imponiren, welcher den Mangel einer solchen Institution in Byzanz als Hauptübel des Reiches kannte.

[91]) Sehr bezeichnend ist hier eine andere Stelle des Agathias I. 4. p. 93: „*Διαδέχεται τὴν ἀρχὴν Θευδίβαλδος, ὅς δή, εἰ καὶ νέος ἦν κομιδῇ καὶ ἔτι ὑπὸ παιδοκόμῳ τιθηνούμενος ἀλλ' ἐκάλει γε αὐτὸν εἰς τὴν ἡγεμονίαν ὁ πάτριος νόμος.*“ Bei dem „*πάτριος νόμος*“ ist keinesfalls an ein geschriebenes Gesetz, sondern an eine Hausobservanz zu denken, wonach immer dem Vater der Sohn, selbst wenn er unmündig ist, zu succediren hat. Die Großen pflegten solche unmündige Kinder in ihrem Rechte zu schützen. So nach dem Tode Chilperichs: „priores quoque de regno Chilperici ad filium ejus, qui erat quatuor mensium, se collegerunt.“ Greg. VII, 7. So handelte auch Herzog Gundobald nach dem Tode König Sigiberts. Greg. V, 1. Löbell a. a. O. S. 225.

[92]) In dieser Weise deducirte der Bischof Bertramus von Lemans, daß er nach dem Tode Guntchrams dem Chlotachar habe huldigen müssen:

In Ermangelung von Söhnen folgten die Neffen.[93]) Für die Succession entfernterer Verwandten lassen sich keine bestimmten Rechtsgrundsätze nachweisen.

Bei den Franken war nur das männliche Geschlecht successionsfähig. Nie ist einer Tochter ein Thronfolgerecht eingeräumt, ja nicht einmal von einer solchen prätendirt worden. Ebenso wenig haben männliche Nachkommen königlicher Töchter jemals aus einer solchen Abstammung Rechte herleiten können, wie dies bei den Langobarden statthatte. Dieser Ausschluß des weiblichen Geschlechtes bei den Franken war aber keineswegs, wie man früher behauptete, eine Folge der Lex Salica,[94]) sondern ruhte lediglich auf der Rechtsanschauung des Volkes und der Observanz des Königshauses.

3) Die Theilungen.

Nach dem altgermanischen Prinzip des erblichen Wahlreiches hob die Wahl des Volkes aus der ganzen Königsfamilie Ein Mitglied heraus, welches im Interesse der Nation herrschen sollte. Hier erscheint das Volk als die Hauptsache, der Herrscher ist nur um des Volkes willen erhoben.

Anders im Frankenreiche. Dieses war von Chlodovech neu geschaffen, ein Produkt königlicher Macht. Der privatrechtliche Gesichtspunkt des Eigenthums war, wenigstens den eroberten Landen gegenüber, erklärlich. Daher finden wir keine Individualsuccession, der ältere Bruder schließt die jüngern nicht aus. Der Begriff der staatsrechtlichen Einheit hat sich, der patrimo-

„Licet nulli habetur incognitum, qualiter ego post Guntramni quondam regis sacramentum insolubile domno meo Chlotario dedi, propterea quod civitas Cenomannis legitimo ordine, post transitum domni Guntramni, ex hereditate genitoris sui beati regis Chilperici quondam regis debuit provenire." Bréquigny Diplom. I. p. 102. Hier wird also der Uebergang vom Vater auf den Sohn, also von Chilperich I. auf Chlotar II. als der rechtmäßige Successionsgang bezeugt.

[93]) So sagt Chilperich: „nec mihi nunc alius superst heres, nisi fratris mei Sigiberti filius". Greg. VI, 3. So erklärte Guntchram seines Bruders Sohn mit folgenden Worten zum Erben: „Nihil enim, dixit, de stirpe mea remansit, nisi tu tantum, qui mei fratris es filius." Greg. VII. 33.

[94]) Mein Art.: „die Capetinger, Bourbonen" in Bluntschli's Staatswörterbuch II. S. 352. Ruinart Gregor. Turon. Praef. p. 80.

nialen Berechtigung des Königshauses gegenüber, nicht kräftig genug entwickelt.[95])

Diese Theilungen heben indessen die Einheit des Reiches nicht vollständig auf; es entstehen nicht vier Reiche, sondern es giebt fortwährend nur ein einziges Reich der Franken. Das Land, welches ein jeder empfangen hat, wird oftmals nur als Provinz, sors und pars, bezeichnet. Die verschiedenen Königen unterworfenen Unterthanen betrachten sich fortwährend als Mitunterthanen, jeder König wird als Herr des gesammten Volkes angesehen, Kriege unter ihnen gelten als Bürgerkriege, die Großen der verschiedenen Reiche halten gemeinsame Versammlungen, die Bischöfe kommen aus den Gebieten der verschiedenen Könige zusammen.[96])

Die Besitzungen der einzelnen Könige bilden kein zusammenhängendes Ganze, einzelne besonders wichtige Punkte bleiben den Brüdern gemeinsam, ihre Residenzen liegen alle in dem Lande zwischen der Maas und der Loire nahe beisammen. Da die geographischen Grenzen der einzelnen Theile keineswegs bestimmt zu ermitteln sind, so ist es erklärlich, daß die Schriftsteller die verschiedensten Ansichten über das Prinzip dieser Theilungen aufgestellt haben.[97])

Jedenfalls fanden diese Theilungen nach dem Grundsatze vollständiger Gleichheit statt.[98]) Von der ersten Theilung unter Chlodovechs Söhnen heißt es ausdrücklich: regnum ejus accipiunt et inter se aequa lance dividunt (Greg. III, 1). In gleicher Weise theilten auch Childebert und Chlotar das Reich ihres Bruders Chlodomer: „Hi quoque regnum Chlodomeris aequa lance diviserunt“ (Greg. III, 18). Bei den Franken ist das Theilungsprinzip so tief in das Rechtsbewußtsein ein-

---

[95]) Hermann Schulze, das Recht der Erstgeburt. S. 19.

[96]) Waitz, Verfassungsgeschichte, Bd. II. S. 99.

[97]) Siehe besonders Waitz II. S. 93, 100, Paul Roth, Geschichte des Beneficialwesens S. 55 ff., Wilhelm Giesebrecht, Zehn Bücher fränkischer Geschichte von Gregor von Tours. Bd. I. S. 112 S. 177. Bonnell die Anfänge des karolingischen Hauses 1866. Beil. S. 195 ff.

[98]) Agathias I, 3: „*διενείμαντο τέτραρχα τὴν βασιλείαν κατά τε πόλεις καὶ ἔθνη ἐς ὅσον οἶμαι τῶν ἴσων ἑκάστῳ μετεῖναι.*“ Giesebrecht a. a. O. S. 112 sagt: „Die Söhne theilten das Reich und die Gewalt des Vaters unter sich, und zwar in der Weise, daß die Einkünfte und Güter auf einen jeden Antheil möglichst gleich waren. Das ist unter den gleichen Theilen zu verstehen, denn es wurden nicht völlig zusammenhängende Gebiete nach einer Berechnung des Flächeninhalts abgegrenzt.“

gedrungen, daß man von einer „legitima divisio" spricht („divisionem legitimam faciunt" heißt es von den Söhnen Chlotars. Greg. IV, 22). Man würde es für eine Ungerechtigkeit gehalten haben, wenn Ein Bruder das Reich allein, mit Ausschluß der andern, an sich genommen haben würde, wie dies Chilperich nach dem Tode Chlotars I. angeblich durchzusetzen versuchte. Obgleich der Antheil des Einzelnen häufig sors genannt wird, so ist deshalb nicht an eine Verlosung zu denken. Sors heißt im Sprachgebrauch dieser Zeit soviel wie Theil, besonders Erbtheil. Die Auseinandersetzung zwischen den theilenden Brüdern und Vettern kam vielmehr regelmäßig durch einen besondern Hausvertrag zu Stande, so heißt es bei Gregor IV, 46: „quae Sigiberto regi per pactum in partem venerant", so ist uns bei Gregor der vollständige Wortlaut des Vertrages von Andlau erhalten, durch welchen Chariberts Reich getheilt wurde. (Greg. IX, 20, auch bei Pertz legum T. I. p. 5.)

Abgesehen von jenem mehr zufälligen Vorzug, daß bei der Theilung unter Chlodovechs Söhnen der Aelteste Austrasien erhielt, ist sonst von einem Praecipuum des Erstgebornen nirgends die Rede, noch weniger von einer Unterordnung der jüngern Brüder unter eine Oberherrschaft des Aeltesten. Ein Oberkönigthum widerspricht der Hausobservanz der Merovinger. Die Brüder sind sich völlig und in jeder Beziehung gleich.

Grundsätzlich bestand bei den Merovingern kein Unterschied zwischen dem regierenden Herrn und seinen nachgebornen Brüdern, sondern alle Söhne gelangten zur Erbfolge und führten sämmtlich, als Angehörige des Königsgeschlechts, den Königstitel. Gelang es ausnahmsweise einmal einem König, seinen Bruder oder Vetter von der Herrschaft auszuschließen, so wies er dem Ausgeschlossenen eine Art von Paragium an, welches in einem Distrikt von mehren Ortschaften bestand und demselben standesmäßigen Lebensunterhalt verschaffen sollte. [99]

---

[99]) Dagobert hatte seinen Bruder Charibert von der Mitherrschaft ausgeschlossen: „tandem misericordia motus, consilio sapientium usus, pagos et civitates, quod fratri suo Chariberto ad transigendum ad instar privato habitu ad vivendum potuisset sufficere, noscitur concessisse, hoc tantum Chariberto regendum concessit, quod et per pactionis vinculum strinxit, ut amplius Charibertus nullo tempore

Auch die königlichen Töchter, welche kein Successionsrecht auf das Königreich hatten, erhielten einzelne Gebietstheile angewiesen, um von deren Erträgen standesgemäß zu leben.[100])

4) Ehen und Ebenbürtigkeit.

Bei den Franken war der alte, wenig zahlreiche Uradel völlig untergegangen.[101]) Es hatte sich aber unter den Freien ein neuer Geburtsstandesunterschied noch nicht wieder festgestellt. Nur dem fränkischen Königsgeschlecht kann ein wahrer Geburtsadel zugeschrieben werden;[102]) denn durch die entschiedene Erblichkeit der Königswürde war der königlichen Familie eine staatsrechtliche Stellung zu Theil geworden, welche sie über alle, selbst die ausgezeichnetsten Unterthanengeschlechter, erhob. Damit war die Voraussetzung gegeben, unter welcher das Ebenbürtigkeitsprinzip in der königlichen Familie zur Anwendung kommen konnte. Auch liegen vielfache Zeugnisse vor, daß man nur Verbindungen mit andern Königshäusern für angemessen hielt. Auf dieses Moment legte man bei der Eheschließung besondern Werth. So bewarb sich Chlodovech um die burgundische Prinzessin Chrotechildis: „cum cognovisset, quod de regio esset genere." Greg. II, 28. So finden sich, außer dieser Vermählung, eine ganze Reihe Verbindungen der Merovinger mit andern Königshäusern.[103]) Ja man war sich wohlbewußt, daß nur Ehen mit

adversus Dagobertum de regno patris repetere praesumeret." Fred. cap. 57. Bouquet II p. 436. Bei Gregor IX, 20. verspricht Guntchram seinem Neffen Chlotar, den er von der Succession ausgeschlossen hatte, zur Entschädigung einige Städte zu geben: „Dabo autem Chlotario, si eum nepotem meum esse cognovero, aut duas aut tres in parte aliqua civitates, ut nec hic videatur exheridari de regno meo."

[100]) Im erwähnten Vertrag von Andlau heißt es: „ut quicquid domnus Guntchramnus Rex filiae suae Chlotieldi contulit, aut adhuc Deo propitiante contulerit, in omnibus rebus atque corporibus, tam in civitatibus, quam agris vel reditibus, in jure et dominatione ipsius debeant permanere." Greg. IV., 20.

[101]) G. Waitz, II. S. 242—244. Derselbe in dem alten Recht der salischen Franken. S. 103.

[102]) Göhrum, Lehre von der Ebenbürtigkeit. B. I. S. 95.

[103]) Greg. III. 7: „Chlotarius Radegundem filiam Bertharii regis sibi in matrimonium sociavit." cap. 20: „Theodericus rex filio suo Theodebesto Wisigardem cujusdam regis filiam desponsaverat" VI, 34: Legati a Hispania venerunt placitum accipientes cum Chilperico

Königstöchtern der merovingischen Könige würdig seien. Gerade im Gegensatz zu seinen Brüdern bewirbt sich Sigbert um die westgothische Königstochter: „Sigibertus rex cum videret, quod fratres ejus *indignas* sibimet uxores acciperent et per vilitatem suam etiam ancillas in matrimonium sociarent, Brunichildem, Athanagildi regis filiam, petiit.“ *Greg.* IV, 27. Als dieses sein Bruder Chilperich sah, bewarb er sich um die Schwester der Brunhild: „Chilpericus rex . . . sororem ejus Galsuintham expetiit, promittens per legatos se alias relicturum: tantum *condignam* sibi regisque prolem mereretur accipere.“ *Greg.* IV, 28.

Allein obgleich man solche eheliche Verbindungen mit königlichen Familien besonders hochschätzte, so fehlte es doch auch bei den Merovingern an einem festausgebildeten Ebenbürtigkeitsprinzip. Es vermählten sich Merovinger mit gemeinfreien, ja sogar mit unfreien Frauen, welche sie zu Königinnen erhoben, deren Kinder zur Thronfolge gelangten. So war die Königin Fredegunde, die Gemahlin des Chilperich, so auch Belechilde, die Gemahlin des Theodebert, von Geburt eine unfreie Magd. Wenn auch gegen die Successionsfähigkeit von Kindern aus *solchen* Ehen einzelne Bedenken erhoben wurden, besonders von streng legitimistischen Geistlichen, so wurden dieselben doch nicht berücksichtigt und standen wenigstens mit der *spätern* Hausobservanz der Merovinger in Widerspruch. So erzählt Gregor von dem Bischof Sagittarius, welcher die Successionsfähigkeit von Kindern aus der Ehe eines Königs mit einer Unfreien, gestützt auf das ältere Recht, bestritt: „declamare plurima de rege coepit et dicere, *quod filii ejus regnum capere non possent*, eo quod mater eorum ex familia Magnacharii quondam adscita regis thorum adiisset; *ignorans* quod praetermissis *nunc* generibus feminarum, regis vocitantur liberi, qui de regibus fuerint procreati.“ *Greg.* V, 21.

Gregor von Tours weiß so gut, als jener Bischof, daß *dereinst* bei den merovingischen Königen strengere Grundsätze galten,

---

rege, ut filiam suam secundum conniventiam anteriorem filio regis Leuvichildi tradere deberet in matrimonium.“ *Fredeg.* cap. 30: „Theodericus Aridium Episcopum ad Bettericum regem Hispaniae direxit, qui exinde Ermenbergam filiam ejus Theoderico regi matrimonio sociandam adduceret.

aber er kennt die Wandelung, welche in der Anschauung seiner Zeit eingetreten ist, wornach alle von Königen gezeugte Kinder für Königskinder und successionsfähig galten, ohne Rücksicht auf die Abstammung ihrer Mutter (praetermissis nunc generibus feminarum), wenn sie nur von dem Vater als seine Kinder anerkannt worden sind.[104])

Die Ehen der Könige wurden auch in formeller Beziehung nach den Grundsätzen des Volksrechts eingegangen. Zwar schweigen die fränkischen leges über das pretium bei der Verheirathung, allein aus andern Zeugnissen geht hervor, daß der Fraukauf bei den Franken bereits in einen bloßen Scheinkauf übergegangen war. Der Mann gab, als Scheinpreis einen solidus und einen Denar. Ganz dieselbe Form beobachtete auch die königliche Familie. So erlegten die Gesandten des Chlodovech bei der Bewerbung um die Prinzessin Chrotechildis von Burgund diesen Scheinpreis: „Legati offerentes solidum et denarium, sicut mos erat Francorum, eam partibus Chlodovei sponsant.“ [105])

Die Königin selbst erhielt von ihrem Gemahl eine dos, welche bei den Germanen wesentlich dazu bestimmt war, der Frau, auf den Wittwenstand hin, eine standesmäßige Versorgung zu gewähren.[106]) Sie war regelmäßig Gegenstand einer besonderen Vereinbarung zwischen den Eltern oder sonstigen Verwandten der Frau und dem Ehemann. Wie zu den Zeiten des Tacitus, so war auch bei den Franken die Ausbedingung und Prüfung der dos ein Gegenstand besonderer Sorgfalt für die

[104]) H. Zöpfl, deutsche Rechtsgeschichte, III. Auflage, S. 606.

[105]) Fredeg. epit. cap. 18. Bouquet p. 398. Daß dieser Scheinpreis, bestehend aus einem Denar und einem Solidus gerade eine salfränkische Rechtsgewohnheit war, weist nach R. Schröder, Geschichte des ehlichen Güterrechts. B. I. S. 55. Im salfränkischen Rechte dieser Zeit kommen der symbolische Kaufpreis an den Mundoaldus und die dos an die Frau nebeneinander vor.

[106]) Die Bestellung einer dos von Seiten des Mannes hängt bei den Franken so innig mit der Rechtmäßigkeit der Ehe zusammen, daß die Unterlassung ihrer Bestellung die Ehe als bloßen Concubinat erscheinen läßt, ihre nachträgliche Bestellung den Concubinat in eine Ehe verwandelt. Fragm. hist. Franc. (Duchesne II., 404): Carolus (Calvus) Richildam in concubinam accepit; Item in die festivitatis praedictam concubinam suam desponsatam atque dotatam in conjugem duxit. Schröder, a. a. O. S. 65.

Familie der Frau. So schickte Chilperich eine Gesandtschaft nach Spanien, als sich die fränkische Prinzessin Riginthis mit König Reccarad vermählen sollte, um die dos zu besichtigen und zu prüfen, welche dieser Prinzessin von ihrem Bräutigam bestimmt war:

„Igitur legati Chilperici regis i. e Ansovaldus et Domigisilus, qui ad conspiciendam dotem in Hispanias fuerant missi, regressi sunt." Greg. VI., 18.

Auch gaben wiederum die fränkischen Könige ihren Gemahlinnen diese deutschrechtliche dos. Dieselbe bestand regelmäßig in Liegenschaften. Daneben kommt auch eine Morgengabe vor, welche ebenfalls in Liegenschaften bestehen konnte. In dem Vertrage von Andlau zwischen Guntchram und Childebert von 587 heißt es:

„De civitatibus quas Gailesiunda tam in dote quam in morganegyba i. e. matutinale donum, in Francia veniens, certum est acquisisse." (Pertz. leg. I. p. 5.)

Die Königin wurde Eigenthümerin der dos und erhielt ein sofort wirksames Recht an derselben eingeräumt. Von einem eventuellen Rückfall der dos ist nirgends die Rede. Ja wir haben im Vertrag von Andlau eine ausdrückliche Entscheidung K. Guntchrams, wonach die Königin Galsvinthe, die Gemahlin Chilperichs, bei Lebzeiten ihres Mannes, dos und Morgengabe an ihre Schwester vererbte.[107]) Nicht nur einzelne Güter, sondern auch ganze Distrikte und Städte wurden der Königin überlassen, um daraus die Einkünfte zu beziehen. In ihre Casse flossen auch die Steuern aus dem ihr zugewiesenen Gebiete.

Die Königin hatte ihren eigenen Schatz und ihr besonderes Verwaltungspersonal. Nach fränkischem Recht bedurfte die Ehefrau zur Veräußerung ihrer Liegenschaften der Erlaubniß ihres Ehemannes, doch scheinen die fränkischen Könige ihren Gemahlinnen in dieser Beziehung eine größere Freiheit eingeräumt zu haben.

Auch in Bezug auf die während der Ehe entstandene Errungenschaft wurden im Königshause die Grundsätze des fränkischen Volksrechts beobachtet. Bei den Franken erhält nämlich die Frau nach dem Tode des Mannes ein Drittheil von dem während der Ehe erworbenen Vermögen, der sog. Errungenschaft.[108])

Als König Dagobert gestorben war, verlangte Chlodovech

---

[107]) Diese absolute Vererblichkeit auch der Morgengabe ist nur dem fränkischen Recht bekannt. Schröder, S. 172.

[108]) Lex Ripuar. 37. §. 2: „Si virum supervixerit .... tertiam partem

von seinem Bruder Antheil an den Schätzen des Vaters, sie kamen über gleiche Theilung untereinander überein, mußten aber, nach fränkischem Rechte, der Königin Wittwe ein Dritttheil der Errungenschaft überlassen:

„Ibique thesaurus Dagoberti ... praesentatur et aequa lance dividitur; tertiam partem, de quod Dagobertus acquisierat, Nantechildis regina percepit." (Fredeg. cap. 85. Bouquet p. 445.)

Die Prinzessinnen des Königshauses erhielten bei ihrer Verheirathung eine Aussteuer oder Mitgift in fahrender Habe, wie dies beim fränkischen Volke überhaupt üblich war. [109]) Als bekannt wurde, daß König Chilperich seine Tochter vermählen und ausstatten wollte, schickte Childebert Gesandte nach Paris:

„contestantes Chilperico regi, ut nihil de civitatibus, quas de regno patris sui tenebat, auferret aut de thesauris ejus in aliquo filiam muneraret ac non mancipia, non equos, non juga bovum, nec aliquid de his auderet attingere." Greg. VI, 45. Aus diesem agnatischen Protest darf geschlossen werden, daß es gegen die Hausobservanz war, Gebietstheile oder zum ererbten Hausschatze gehörige Gegenstände der Tochter zur Mitgift zu geben.

Wurde die Aussteuer zu reichlich gegeben, so entstand darüber Mißvergnügen bei den Großen und dem ganzen Volke. Als in oben erwähntem Falle König Chilperich seine Tochter Riguntbis mit den Gesandten der Westgothen nach Spanien entließ, gab er ihr große Schätze zur Aussteuer mit. Auch die Königin Mutter stattete die Prinzessin mit Gold, Silber und Kleidern aus. Als die Königin das dadurch entstehende Mißvergnügen bemerkte, entschuldigte sie sich damit, daß sie dies alles aus ihrem Privat-

---

de omni re, quam simul conlaboraverint, sibi studeat evindicare." Keineswegs darf aber hieraus geschlossen werden, daß die Merovinger nach ripuarischem Rechte gelebt hätten. Dieser Anspruch der Frau auf ein Dritttheil der Errungenschaft war allgemeines fränkisches Recht, welches nur in der Lex Ripuaria seinen Ausdruck gefunden hatte. Wenn mit Recht behauptet wird, daß die Merovinger nach salischem Recht lebten, so heißt dies natürlich nicht, daß sie nur die Rechtsgrundsätze beobachtet hätten, welche zufällig in der Lex Salica aufgezeichnet sind, sondern daß das gesammte fränkisch-salische Recht, welches zum größten Theil Gewohnheitsrecht war, auf sie Anwendung fand.

[109]) L. Sal. ed. Merkel, CII. p. 43.

vermögen, welches sie theils von ihrem Gemahl, als dos und Morgengabe erhalten, theils selbst hinzu erworben, nicht aus dem Staatsschatze genommen habe.

5) Unmündigkeit und Vormundschaft [110]).

Bei den Franken stand das Erblichkeitsprinzip so fest, daß auch unmündige Kinder nicht von der Thronfolge ausgeschlossen werden durften.

Eine direkte Bestimmung über den Mündigkeitstermin der merovingischen Könige haben wir nicht. In mehrern Königsurkunden ist allerdings von der legitima aetas der Könige die Rede, es wird aber nicht gesagt, mit welchem Jahre dieselbe beginnt. Daher sind die Gelehrten hier sehr abweichender Ansicht. Die ältern französischen Historiker, wie auch Ruinart in seiner Vorrede zu Gregor von Tours S. 80, erklärten meistens das vollendete vierzehnte Jahr für den Mündigkeitstermin der merovingischen Könige; sie sahen darin eine Bestätigung des zu ihrer Zeit geltenden Mündigkeitstermins der französischen Könige, und beriefen sich, zur Unterstützung ihrer Ansicht, auf eine Stelle von Gregor VII, 33, worin König Guntchram seinen Neffen Childebert folgendermaßen anredet:

„Post haec rex Guntchramnus data in manu regis Childeberti hasta ait: Hoc est indicium quod tibi omne regnum meum tradidi. Ex hoc nunc vade et omnes civitates meas, tamquam tuas proprias, sub tui juris dominationem subjice. Nihil enim de stirpe mea remansit, nisi tu tantum, qui mei fratris es filius. Tu enim heres in omni regno meo succede, ceteris exheredibus factis.“

Die versammelten Franken redet er also an: „Videte, o viri, quia filius meus Childebertus jam vir magnus effectus. Videte et cavete ne eum pro parvulo habeatis. Relinquite nunc perversitates atque praesumtiones, quas exercetis, quia rex est, cui vos nunc deservire debetis ... Tunc ei (Childeberto) reddidit rex Guntchramnus omnia, quae pater ejus Sigibertus habuerat.“

---

110) Wilhelm Theodor Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes. Göttingen 1835—1859, besonders B. III. Friedrich Rive, Geschichte der deutschen Vormundschaft. Abth. I. 1862.

Gegen diese gewöhnliche Ansicht der französischen Historiker traten nun Brequigny und Laporte du Theil in die Schranken, indem sie zunächst die ganze Stelle des Gregor für nicht beweisend erklärten. In derselben sei keineswegs von einer Uebertragung der Selbstregierung, sondern lediglich von einer Erbesernennung die Rede. Vielmehr sei aus zwei andern Königsurkunden zu schließen, daß bei den merovingischen Königen der Mündigkeitstermin erst mit dem 21. Jahre eingetreten sei. In einer Urkunde von 648 schenke König Sigibert II. dem Abt von Stablo ein Stück Land, mit Zustimmung des Erzbischofs von Cöln und anderer geistlicher und weltlicher Großen.[111]) Obgleich dieser König 630 geboren und damals also bereits 18 Jahre alt gewesen sei, habe er doch noch nicht selbstständig handeln können, sondern der Zustimmung von Vormündern bedurft. Anders verfahre er in einer Urkunde von 651,[112]) wo er eine ähnliche Schenkung mache; von einer Zustimmung anderer Personen sei da nicht mehr die Rede, vielmehr erkläre er, daß alles gültig bleiben solle, was er gethan habe, seit er „ad legitimam aetatem" gelangt sei, während er alles annullire, was in seinem zarten Alter durch ihn geschehen sei: „dummodo sub tenera adhuc videbamur aetate persistere". Da nun im Jahr 651 Sigibert gerade das 21. Jahr erreicht habe, so gehe daraus hervor, daß dies eben die legitima aetas der Könige gewesen sei.

Diese Ansicht ist bereits durch Pardessus in seiner Loi Salique p. 452 widerlegt. Ich mache hier nur kurz darauf aufmerksam, daß in der ersten Urkunde von 648 mit keinem Worte von der Unmündigkeit des Königs und von einer Bevormundung desselben die Rede ist. Es ist eine in vielen Urkunden der damaligen Zeit vorkommende Sitte, daß derartige Akte auch unzweifelhaft mündiger Könige in Gegenwart und mit Zustimmung der Großen erlassen werden. Auch ist aus der zweiten Urkunde keineswegs zu schließen, daß der König gerade damals erst, also mit Vollendung seines 21. Jahres, volljährig geworden sei. Vielmehr setzt er seiner „legitima aetas" die „tenera aetas" entgegen, welche „ante superiores annos" statt-

---

[111]) Prolegomena zu dem ersten Theil ihrer Ausgabe der Diplomata ad res Francicas spectantia p. 181.

[112]) Bréquigny Diplomata I. p. 209.

gefunden hat, also wohl nicht erst in dem Jahre der Urkundenausstellung aufgehört haben kann.

Pardessus geht mit Recht von der Ansicht aus, daß für die Königsfamilie auch in dieser Beziehung die Bestimmung des Volksrechts gegolten haben müsse. Darin aber irrt er, daß er meint, in der königlichen Familie sei ein verschiedenes Volksrecht zur Anwendung gekommen, je nachdem das beherrschte Land dem ripuarischen oder dem salischen Gesetze unterworfen gewesen sei. Nach seiner Ansicht wäre somit in dem einen Königreiche der König nach salischem Recht mit 12, in dem andern erst mit 15 Jahren nach ripuarischem Recht mündig geworden. Eine solche Verschiedenheit der Hausverfassung in derselben Familie ist undenkbar. Das Haus der Merovinger bildete trotz der vielen Reichstheilungen eine Einheit, alle Merovinger fühlten sich als Brüder und Vettern, als Zweige desselben Stammes. Eine abweichende Bestimmung in einem so wichtigen Punkte des Familienrechts hätte zu Collisionen führen müssen. Wie wäre es z. B. gehalten worden, wenn derselbe König über Salier und Ripuarier zugleich geherrscht hätte? Nehmen wir überhaupt an, daß das Volksrecht des beherrschten Landes entscheidend gewesen sei, so hätte vielleicht auch einmal westgothisches und burgundisches Recht für die Königsfamilie zur Anwendung kommen können. Allein diese Annahme widerspricht überhaupt der ganzen germanischen Auffassung von der Persönlichkeit des Rechtes, welche besonders in Bezug auf die Herrscherfamilien, selbst bis in das spätere Mittelalter festgehalten wurde.[113]) Alle Nachkommen des Chlodovech waren ächte Salier, sie mochten über diesen oder jenen Stamm oder über beide zugleich herrschen. Nicht das Territorialrecht des Landes, sondern lediglich ihr angebornes salisches Stammesrecht kam zur Anwendung. Darum ist anzunehmen, daß sich auch in dieser, wie in allen andern Beziehungen, das Königshaus nach seinem angebornen salischen Stammesrecht richtete und daß die merovingischen Könige demnach überall mit 12 Jahren mündig wurden. Haben wir

---

[113]) So galten die Welfen als Schwaben und lebten nach schwäbischem Rechte, obgleich sie ihre Hauptmacht im Norden Deutschlands begründet hatten und über niedersächsische Lande regierten. H. Schulze, die Hausgesetze, B. I. S. 368. Homeyer, Ueber die Heimath nach altdeutschem Rechte, besonders das Handgemal S. 51.

darüber auch keine ausdrückliche Bestimmung; so liegt doch darin indirekt eine Bestätigung dieser Ansicht, daß für das karolingische Haus ausdrücklich der Mündigkeitstermin des ripuarischen Rechtes als entscheidend angegeben wird. Da diese Bestimmung keinen andern Grund hatte, als daß die karolingische Familie ripuarischer Abstammung war, so liegt der Schluß sehr nahe, daß für die Merovinger, welche dem salischen Stamme angehörten, nur das salische Recht in Anwendung kommen konnte. Auch jene oben angeführte Stelle des Gregor VII, 33, wo Guntchram seinen Neffen Childebert sowohl als seinen eigenen Erben anerkennt, als auch ihm die Herrschaft in dem väterlichen Reiche überträgt, beweist nichts für den angeblichen fünfzehnjährigen Mündigkeitstermin, denn es geht daraus keineswegs unzweifelhaft hervor, daß Childebert gerade damals erst mündig geworden sei. Es ist vielmehr möglich, daß der junge König schon vor mehreren Jahren mündig geworden war, ehe ihn der Oheim feierlich zu seinem Erben einsetzte. Jedenfalls würde es eines stringenteren Beweismittels bedürfen, um eine Annahme zu rechtfertigen, welche dem feststehenden germanischen Rechtsgrundsatz, daß sich das Königshaus überall und in allen Beziehungen nach dem Volksrechte seines Stammes richtet, schnurstracks widerspricht.

Die zweite Frage ist nun, wem Reichsverwesung und Vormundschaft während der Unmündigkeit zugestanden habe.

Unter der merovingischen Dynastie galt es als ein Recht jedes Königs, eine Anordnung über die Bevormundung seines unmündigen Nachfolgers zu treffen. Es kam daher vor allem darauf an, ob eine derartige Anordnung vom verstorbenen König hinterlassen war oder nicht. Eine solche Anordnung konnte in zweierlei Weise erfolgen, in der Form einer einseitigen Disposition oder durch eine vertragsmäßige Verabredung mit dem zu ernennenden Vormund (tutela pacticia). Es giebt für beide Formen Beispiele in der Hausgeschichte der Merovinger. Als im Jahre 638 König Dagobert erkrankte, setzte er kurz vor seinem Tode den Majordomus Aega zum Vormund seines Sohnes ein:

„Dagobertus post paucos dies cum vitae suae sentiret periculum, Aeganem sub celeritate ad se venire praecepit, reginam Nantechildem et filium suum Chlodoveum eidem in manu commendans: se jam discessurum sentiens, consilium

Aeganae pergratum habens, quod cum ejus instantia regnum strenue gubernare possit. . . . Post Dagoberti discessum filius suus Chlodoveus sub tenera aetate regnum patris adscivit. . . . Aega vero cum regina Nantechilde, quam Dagobertus reliquerat, regebat palatium." Fredeg. 79.

Ein Beispiel von vertragsmäßiger Vormundschaft kommt in dem öfter erwähnten Hausvertrag von Andlau vor. Hier wird verabredet, daß Guntchrams Tochter Chlotielde beim Tode ihres Vaters „sub tuitione et defensione domni Childeberti" stehen solle.[114]) Eben so versichert Guntchram in demselben Familienvertrage, daß wenn Childebert vor ihm versterben sollte, er dessen Söhne unter seinen vormundschaftlichen Schutz nehmen wolle:

„Pari condicione promittit domnus Guntchramnus rex, ut, si contigerit domnus Childebertus eo superstite de hac luce migrare, filios suos Theodebertum et Theodericum reges vel si adhuc alios ipsi Deus dare voluerit, ut pius pater sub sua tuitione et defensione recipiat, ita ut regnum patris eorum sub omni soliditate possideant." Pertz leg. Tom. I, p. 5.

War nun aber keine solche einseitige oder vertragsmäßige Disposition vorhanden, so hatten die Großen des Reiches den nächsten Anspruch auf Reichsverwesung und Vormundschaft. Die sonst im germanischen Recht begründete Agnatentutel scheint im merovingischen Hause keine Anerkennung gefunden zu haben, wenn nicht einem Agnaten dieselbe durch besondere Disposition zugesichert wurde, wie dies bei König Guntchram der Fall war. Diesen Ausschluß der Agnaten erklärt Kraut daraus, daß bei dem Theilungsprinzip die nächsten Agnaten regelmäßig Herrscher über ein anderes Königreich waren und so verschiedenen, oft feindlich entgegenstehenden Interessen dienten. Ihre Vormundschaft hätte daher, besonders bei dem gewaltthätigen Sinne der Merovinger, den Unmündigen leicht verderblich werden können. Anders standen die Großen des Reiches, welchen die Erhaltung des unmündigen Königs selbstverständlich am Herzen liegen mußte. Sie nahmen, selbst der Königin Mutter gegenüber, die Reichsverwesung, als ihr Recht, in Anspruch. So erklärten sie der Königin Brunhilde nach dem Tode ihres Gemahles: „Recede

[114]) Natürlich ist bei einer Tochter nicht an Reichsverwesung, sondern nur an Privatvormundschaft zu denken.

a nobis. Sufficiat tibi sub viro tenuisse regnum.... Nunc filius tuus regnat, regnumque ejus non tua, sed nostra tuitione salvatur." [115]) In zahlreichen Stellen sehen wir, wie die Großen für den unmündigen König handeln, [116]) für ihn Verträge abschließen und Versprechungen geben, wie sie selbst die königliche Autorität für sich, als Stellvertreter in Anspruch nehmen. [117]) Die Großen des Reiches pflegten Einem aus ihrer Mitte die Aufsicht über die Person des unmündigen Königs zu übertragen, welcher alsdann mit dieser Aufsicht über die Person einen vorwiegenden Einfluß auf die öffentlichen Geschäfte ausgeübt zu haben scheint. So standen Gogo und dann Wandelin dem unmündigen Childebert II. zur Seite. [118])

Durch besondere Concession der Großen wurde bisweilen der Mutter des unmündigen Königs die Reichsverwesung oder wenigstens ein Antheil an derselben zugestanden. So hat z. B. Bathildis, die Wittwe Chlodwigs II., obgleich unfreier Abkunft, mit und für ihren unmündigen Sohn Chlotar III., unter besonderer Zustimmung der Großen, die Reichsregierung geführt. [119])

---

[115]) Greg. VI, 4.

[116]) Greg., V, 18: „Guntchramnus rex ad Childebertum nepotem suum legatos misit, pacem petens ac deprecans eum videre. Tunc ille cum proceribus suis ad eum venit .... Guntchramnus rex ait: peto ut hic nepos meus mihi sit filius. Et cunctum ei regnum tradidit, dicens: illa cum eis tecumque permaneat charitas, quam tibi hodie polliceor. Proceres vero Childeberti pro eodem polliciti sunt."

[117]) Greg. VIII, 31: „Quum haec ad Guntchramnum regem perlata fuissent, misit tres episcopos ad filium Chilperici, quem superius Chlotarium scripsimus, ut cum his, qui parvulum nutriebant, perquirerent hujus sceleris personam et in conspectu ejus exhiberent .... Responderunt seniores: Nobis haec facta displicent et ea cupimus ulcisci. Non postet fieri, ut si quis inter nos culpabilis invenitur, in conspectum vestri regis deducatur, quum nos possimus nostrorum facinora regali sanctione comprimere." So energisch vertheidigten die Großen die Souveränetät ihres Mündels gegen agnatische Uebergriffe, aber eben so ihre eigene stellvertretende Autorität.

[118]) Greg. V, 47. VI, 1. VIII, 22.

[119]) Fredeg. c. 92: (Bouquet II p. 448.) „Franci Chlotharium filium ejus (Chlodovei) majorem in regno statuunt cum regina matre." (Major bedeutet hier nicht volljährig, sondern älter als sein Bruder, was aus der folgenden Stelle hervorgeht.) Gesta Franc., cap. 44: (Bouquet II p. 569.) „Decedente rege Chlodoveo Franci

Während einer solchen mütterlichen Reichsverwesung wurden zwar die Urkunden im Namen des unmündigen Königs ausgefertigt, aber von der Königin zugleich mitunterzeichnet.

Während der Dauer der Unmündigkeit führt der Bevormundete zwar den Königstitel, selbst als kleines Kind (rex parvulus), aber er darf keine Regierungshandlungen ausüben, wenigstens nicht ohne Zustimmung der Vormundschaft. Sobald er dagegen seine Volljährigkeit erreicht hat, welche in verschiedenen Urkunden und Quellenzeugnissen „legitima aetas" genannt wird, tritt er in die volle Ausübung aller königlichen Rechte [120]).

III. Die dem fränkischen Reiche untergeordneten Herzogsgeschlechter der Bayern und Alemannen.

Regelmäßig regierte der fränkische König die Provinzen des Reiches durch die Beamtenhierarchie der Herzöge und Grafen, welche er nach seinem Ermessen ein und absetzte. Auch die Herzogswürde war eben so gut, wie die Grafengewalt, ein bloßes Amt, welches der Herzog nicht aus eigenem Rechte, sondern im Auftrage des Königs verwaltete.

Von diesen Herzögen, welche nur ein königliches Amt bekleideten, sind die erblichen Nationalherzöge verschieden, welche bei einzelnen Stämmen innerhalb des fränkischen Reiches vorkommen. Einzelne Stämme im eigentlichen Deutschland sind zwar durch Eroberung der fränkischen Krone unterworfen, haben aber ihre nationale Selbstständigkeit nicht ganz verloren. Bayern und Alemannen sind gewissermaßen nur mittelbare Kronlande des fränkischen Reiches; ihre Herzöge sind keine bloße Beamten, sondern erbliche Fürsten, welche nur durch die Oberherrlichkeit eines andern Monarchen beschränkt sind. Es kommen also auch bei diesen herzoglichen Geschlechtern gewisse Grundsätze der Thronfolge und des Familienrechtes in Betracht.

1) Die Herzöge der Bayern.

Die Herzogswürde ist erblich in dem Geschlechte der Agilolfinger; dieses Geschlecht wird daher auch ausdrücklich vom Ge-

---

Chlotarium seniorem puerum sibi regem statuerunt cum ipsa regina matre Bathilde regnaturum. Waitz II, 128, wo noch mehrere Beispiele dieser Art angeführt werden.

120) So heißt es in einer Urkunde Theoderichs III. bei Bouquet IV.

setz als das Herzogliche bezeichnet. [121]) Die Agilolfinger sind, aller Wahrscheinlichkeit nach, das ursprüngliche Herrschergeschlecht, welches die Bayern regierte, als sie noch unabhängig vom Frankenreiche waren. Die Unterwerfung Bayerns war keine unbedingte, sondern erfolgte unter Beibehaltung seines alten Herrschergeschlechts. Darum heißt es in der Lex Bajuvariorum Tit. II. cap. 20. §. 3: „Dux vero qui praeest in populo, ille semper de genere Agilolfingorum fuit et debet esse; quia Reges antecessores nostri concesserunt eis, ut qui de genere illorum fidelis erat et prudens, ipsum constituerent ducem ad regendum populum illum."

Mit dieser Erblichkeit der Herzogswürde steht die Volkswahl, welche in der Lex Bajuv. erwähnt wird, in keinem Widerspruch, vielmehr entspricht sie gerade dem allgemeinen germanischen Prinzip des erblichen Wahlreiches. Das Volk wählte sich den Herzog aus dem Geschlechte, welches als das edelste unter den edeln galt und einen anerkannten Anspruch auf die Herzogswürde hatte. Seit der Unterwerfung Bayerns kam zu den beiden Momenten, welche bei den Deutschen auf die Bestellung des Herrschers einwirkten, der Erblichkeit und der Volkswahl, naturgemäß noch ein drittes, die Bestätigung durch den König als Oberherrn. Durch das Zusammenwirken dieser drei Momente erfolgte die Ernennung des neuen Herzogs. Somit stehen die Stellen der Lex Bajuv., welche bald von einem Erbrecht, bald von einer Volkswahl, bald von einer Einsetzung durch den König reden, mit einander in keinem Widerspruche. [122]) Das Volk wählte sich seinen Herzog, aber es war bei dieser Wahl gebunden an das Geschlecht der Agilolfinger; dem so gewählten Herzog ertheilte dann der König die Bestätigung und setzte ihn in sein Amt ein. Das Amt des Herzogs ist in der Regel lebenslänglich; doch kann er abgesetzt werden, wenn er die Treue gegen den König verletzt und seine Befehle mißachtet. [123]) Auch wird vorausgesetzt, daß der Herzog sein Amt

p. 664: „Dum et nobis divina pietas ad legitima aetate fecit pervenire et in solium regni parentum nostrorum succedere oportit."

[121]) Lex Bajuv. Tit. II. cap. 20. §. 1

[122]) Lex Bajuv. Tit. II. cap. 1. „ducem quem rex ordinavit in provincia illa aut populus sibi elegerit ducem."

[123]) Lex Bajuv. Tit. II. cap. 9: „Si quis autem dux de provincia

als Richter und Heerführer seines Volkes zu verrichten fähig ist;[124]) an die Stelle des unfähigen, altersschwachen Herzogs tritt sein rüstiger Sohn; Blindheit und Taubheit werden besonders als Hinderungsgrund hervorgehoben.

Versucht dagegen ein Sohn des Herzogs seinen noch regierungstüchtigen Vater von dem Herzogthum zu verdrängen, so trifft den aufrührerischen Sohn Verbannung und Verlust seines Erbrechtes, sowohl in Bezug auf den väterlichen Privatnachlaß, als auf die Thronfolge.[125])

In dem bayerschen Gesetzbuche selbst ist zwar immer nur von Einem Herzoge die Rede, aber dennoch wurde bei der Nachfolge die Individualsuccession nicht streng beobachtet. So theilte im Jahr 701 der Herzog Theodo sein Land in vier Theile, von denen er einen für sich nahm, drei seinen drei mündigen Söhnen Theodebert, Grimoald und Theodoald überwies;[126]) doch behielt er sich über seine Söhne immer noch eine Art von Oberherrschaft vor, die er auf seinem Sterbebette dem Erstgebornen Theodebert übertrug. Zuerst starb der jüngste Sohn Theodoald; des wahrscheinlich kinderlos Verstorbenen Gebiet theilten die überlebenden Brüder unter sich.[127]) Nach dem Tode des Theodebert kam es zu Successionsstreitigkeiten, indem Hucbert, der Sohn des Theodebert und sein Oheim Grimoald, der nun der älteste Prinz

---

illa, quem rex ordinaverit, tam audax aut contumax aut levitate stimulatus, seu protervus et elatus vel superbus atque rebellis fuerit, qui decretum regis contempserit, donatu dignitatis ipsius ducati careat, etiam et insuper spem supernae contemplationis sciat se esse condemnatum et vim salutis amittat."

[124]) Lex Bajuv. Tit. II. cap. 10, §. 1: „dum adhuc pater ejus potest judicio contendere, in exercitu ambulare, populum judicare, equum viriliter ascendere, arma sua vivaciter bajulare, non est surdus nec coecus, in omnibus jussionem regis potest implere."

[125]) Lex Bajuv. a. a. O.: „sciat se ille filius contra legem fecisse et de hereditate patris sui se esse dejectum et nihil amplius ad eum pertinere de facultatibus patris sui et hoc in potestate regis vel patris sui erit, ut exiliet eum, si vult."

[126]) Aus einem päpstlichen Schreiben von 716 geht hervor, daß das Land damals unter mehrere Herzöge vertheilt war. Harzheim, Concil. Germ. I. p. 35 und 37. G. Th. Rudhardt, Aelteste Geschichte Bayerns, S. 255.

[127]) Rudhardt, S. 259.

des Hauses war, sich um die Oberherrschaft stritten. [128]) Hucbert siegte und behauptete die oberste Herzogswürde bis zu seinem Tode im Jahre 737. Da ihn von seinen Söhnen keiner überlebte, so folgte ihm der Agilolfinger Odilo, dessen Verwandtschaftsverhältniß zu Hucbert nicht zu ermitteln ist. [129]) Dem Odilo succedirte 748 sein sechsjähriger Sohn Tassilo, unter der Vormundschaft seiner Mutter Hiltrude, einer Tochter Karl Martells. [130]) Nach deren Tode im Jahr 754 übernahm sein Oheim, König Pipin, die Vormundschaft. [131]) Im Jahre 757 erklärte er seinen Neffen Tassilo für volljährig und belehnte ihn mit dem väterlichen Herzogthum. Da Tassilo im Jahre 748 sechs Jahre alt war, so erfolgte seine Mündigkeitserklärung im fünfzehnten Jahre seines Lebens.

Mit der Absetzung Tassilos III. hörte das Haus der Agilolfinger auf zu regieren und Bayern wurde eine bloße Provinz des Frankenreichs.

Wenn sich auch der verwandtschaftliche Zusammenhang der einzelnen Herzöge nicht genau nachweisen läßt, [132]) so steht doch fest, daß sie alle, von Garibald I. bis auf Tassilo II. (553—788), ohne Ausnahme dem agilolfingischen Geschlechte angehörten. Dieses Geschlecht wurde daher als das Herzogliche angesehen und allen seinen Mitgliedern der höchste Geburtsstand beigelegt; sie waren, als Prinzen des regierenden Hauses, die nächsten im Range nach dem Herzoge und standen, in Betreff des Wehrgeldes, über den andern Adelsgeschlechtern des Landes. [133]) Der Herzog,

---

[128]) Rudhardt, S. 267. Andreas Buchner, Geschichte von Bayern. Bd. I, S. 195. Es handelte sich also hier um die Frage, ob die Oberherrlichkeit über die andern Brüder nach Primogenitur- oder Senioratsprinzip übertragen werden sollte.

[129]) Rudhardt, S. 272.

[130]) Buchner I, S. 215. Rudhardt, S. 292.

[131]) In bayerschen Urkunden jener Zeit nehmen in der Regel des Vormunds Namen und die Zahl seiner Regierungsjahre die erste Stelle ein, worauf des jungen Herzogs Titel und Regierungsjahre folgen. Rudhardt, S. 294.

[132]) Siehe den Stammbaum der Agilolfinger bei Rudhardt S. 324.

[133]) Lex Bajüv. Tit. II. cap. XX. §. 2: „Agilolfingi vero usque ad ducem in quadruplum componantur, quia summi principes sunt inter vos.“ Die übrigen Adelsgeschlechter hatten als „primi post Agilolfingos“ nur das doppelte Wehrgeld.

als Chef des Hauses und vermöge seiner erhabenen Stellung, erhielt das höchste Wehrgeld: „pro eo quia dux est."

An mehreren Stellen spricht das bayersche Gesetzbuch aus, daß der nachfolgende Herzog verpflichtet ist, die Handlungen seines Vorgängers zu vertreten. [134]) In gleicher Weise bestätigt Tassilo in seinem Decret alles, was seine Vorgänger gethan und versprochen haben. [135])

Aus der Geschichte des bayerschen Herzogshauses geht hervor, daß dasselbe in Bezug auf seine Ehen den königlichen Familien gleich geachtet wurde. So war Herzog Garibald I. mit Vultodroda, der Tochter des Langobardenkönigs Wacho, verheirathet; seine Tochter Theudelinde vermählte sich mit dem Langobardenkönig Autharis, Guntrude, die Tochter Theodeberts, war mit Liutprand, dem König der Langobarden, vermählt, Tassilo hatte die Liutberga, die Tochter des letzten Langobardenkönigs Desiderius, zur Gemahlin. Auch mit dem Geschlechte der Karolinger war das bayersche Herzogshaus mehrfach verschwägert. So war Suanahilde, die Schwester Herzog Huccberts, mit Carl Martell, der Herzog Odilo von Bayern mit Hiltrude, Carl Martells Tochter, verheirathet.

2) Die Herzöge der Alemannen.

In der Zeit ihrer vollen Unabhängigkeit standen die Alemannen unter Herzögen, welche öfters auch Könige genannt werden.

Diese Herzogs- oder Königswürde wurde auch bei den Alemannen nach dem Prinzip des erblichen Wahlreichs übertragen. Das Volk wählte mit besonderer Rücksicht auf die Verwandten des letzten Herzogs. Auf eine derartige Erblichkeit weist hin, daß der König Vithicabius seinem Vater Vadomar in der Herrschaft folgte, daß bei Sueven und Alemannen häufig mehrere Brüder zugleich regierten. [136])

---

[134]) Tit. II. cap. VIII. §. 2.

[135]) Decreta Tassilonis ducis V und VIII (bei Walter I. p. 293).

[136]) Sehr richtig charakterisirt Merkel De republica Alamannorum p. 5 diese Art der Erblichkeit: „Dux a pagensibus, qui populus provinciae est, constituebatur, mortuo agnatos substituebant.' Stälin I. S. 158.

Als Alemannien unter fränkische Oberherrschaft kam, behielten die Herzöge, unter dem fränkischen Könige, die Herrschaft in ihrem Lande. Die Verhältnisse des Herzogs werden im alemannischen Gesetze nur kurz berührt. Eine bestimmte Herzogsfamilie wird in der Lex Alamannorum nicht genannt; doch weist alles darauf hin, daß auch in der fränkischen Zeit hier eine gewisse Erblichkeit der Herzogswürde stattfand, natürlich so, daß dabei die Bestätigung des Königs, als des Oberherrn, nicht fehlen durfte, und auch die Wahl des Volkes nicht außer Acht gelassen wurde. Wie in Bayern, so wirkten auch in Alemannien drei verschiedene Momente: Erblichkeit, Volkswahl und königliche Bestätigung bei der Ernennung des Herzogs zusammen. Mit großer Wahrscheinlichkeit kann man, wenigstens für die letzte Zeit des alten alemannischen Herzogthums, aus den einzelnen Herzögen ein zusammenhängendes Herzogsgeschlecht, das sogenannte gotfriedische, zusammenreihen.[137])

Aus dem Familienrecht des herzoglichen Hauses wird in der Lex Alamannorum XXXV. §. 1—3, in fast wörtlicher Uebereinstimmung mit dem bayerschen Gesetzbuche, hervorgehoben, daß ein Sohn des Herzogs, welcher sich gegen seinen Vater empört, um ihm das Herzogthum zu entreißen, erblos wird und daß, falls er der einzige Sohn ist, das Erbgut an den König fällt, der es nach Gefallen verschenken kann, entweder aus Gnade dem aufwieglerischen Sohne, oder wem er sonst will, daß dagegen, wenn noch andere Söhne vorhanden sind, diese das Erbgut unter sich theilen, mit Ausschluß des Empörers.

Indem im Titel XXXV. von einem Herzogssohne die Rede ist, welcher beabsichtigt: „dum pater ejus potens est, per raptum regnum ejus possidere," liegt die Folgerung nahe, daß der Sohn nach dem Tode des Vaters wohlbegründete Aussicht hatte, in den Besitz des Herzogthums einzutreten.

Ob Individualsuccession oder Theilung unter mehrere Söhne stattgefunden habe, läßt sich nicht ermitteln. Die Lex Alamannorum nennt nirgends mehrere alemannische Herzöge nebeneinander, schließt aber ihr Vorhandensein keineswegs aus. Bei den

---

[137]) So waren Söhne des Herzogs Gottfried der Herzog Lantfried I. von 724—730, Thiotbald von 730—746, so war Hnabi ein Enkel Gottfrieds von seinem Sohne Houching. J. Merkel p. 11. Stälin, S. 226.

Historikern werden Leutharis und Butilin nebeneinander als Herzöge genannt, sie waren Brüder und regierten wahrscheinlich gemeinsam. Gegen eine wirkliche Theilung des Herzogthums [138]) spricht der Umstand, daß die meisten Herzöge, wie Leutharis, Butilin, Leudefried, Uncilin, Chrodebert, schlechthin als alemannische Herzöge, ohne weitere Nennung von Bezirken, aufgeführt werden. Auch kann man aus dem nunmehr stabil werdenden Ausdruck „ducatus Alamanniae“ darauf schließen, daß das Herzogthum ein zusammenhängendes Ganze bildete.

Außer seinem Herzogsamt und dem entsprechenden Herzogssprengel, besaß der Herzog auch Privatgüter, diese wurden, nach alemannischem Volksrechte Tit. 88, als hereditas unter die Söhne gleich vertheilt, „ipsi fratres inter se dividant hereditatem patris eorum“, ein Grundsatz, der in den ältern Zeiten, in Betreff der Familiengüter, überall gehandhabt wurde, auch da, wo die Untheilbarkeit des Herzogthums oder Fürstenamts unzweifelhaft feststand.

Nach der Absetzung des Herzogs Lantfried II. im Jahre 748 wurde die Mittelgewalt der Stammesherzöge aufgehoben und Alemannien zu einer unmittelbaren Provinz des Frankenreichs gemacht, welche die Könige durch eigene Beamten, die sogen. Kammerboten, verwalten ließen. Uebrigens blühte das gestürzte Herzogsgeschlecht in großen Grundbesitzern fort, welche oft die Gaugrafenwürde bekleideten, und gelangte durch die Gattin, welche Karl der Große aus ihm wählte, aufs neue zu Glanz und Macht. [139])

IV. Die Dynastie der Karolinger.

1) Das Successionsrecht.

Das Erblichkeitsprinzip, welches fest an dem alten Königsgeschlecht hält, so lange noch irgend ein Sprößling desselben vorhanden ist, ist tief im germanischen Wesen begründet. Darum erscheint die Verdrängung einer alten und die Gründung einer neuen Dynastie als ein Ereigniß von so hervorragender Bedeutung.

Nach dem Tode Chlotars II. brachten die Hausmeier

[138]) Nur Elsaß oder der oberrheinische Theil wurde seit der Zeit Dagoberts I. abgetrennt und stand unter eigenen Herzögen. J. Merkel p. 11.

[139]) Stälin I. S. 242.

die ganze Regierungsgewalt an sich, und ließen den Königen nichts als Titel und Namen übrig. Dennoch konnten diese nur thatsächlichen Gewalthaber es noch lange nicht wagen, die legitime Königsfamilie zu beseitigen und ohne deren schützenden Rechtstitel zu regieren.

Als erster Begründer dieses erblichen Hausmeierthums erscheint Pipin von Landen, dessen Sohn Grimoald an dem vorzeitigen Versuch scheitert, die legitime Dynastie zu entthronen und sein Geschlecht auf den Thron zu bringen. Trotz seines Sturzes kommt ein cognatischer Enkel jenes ersten Pipins, Pipin von Heristal wieder als Hausmeier ans Ruder und vereinigt die Gewalt über alle drei Reiche Neustrien, Burgund und Austrasien in seiner Hand. Sein Sohn Karl Martell, der glorreiche Besieger der Saracenen, konnte es schon wagen, nach dem Tode des Merovinger Theodorich IV. im J. 738 den Thron unbesetzt zu lassen. Wie ein König, theilt er sein Reich unter seine Söhne, von denen der ältere Karlmann Austrasien mit Thüringen und Alemannien, der jüngere Pipin Neustrien, Burgund und die Provence erhielt. Doch auch diese Brüder hielten es anfangs noch für klug, in Childerich III. einen Schattenkönig aus dem Hause der Merovinger einzusetzen. Nach der Entsagung Karlmanns im Jahre 747 besaß Pipin die Hausmeierwürde allein. Pipin der Kleine endlich brach mit dem zum Schein gewordenen historischen Rechte und stieß die Dynastie der Merovinger vom Throne. Es war eine Revolution, ein Staatsstreich, als Pipin sich und sein Geschlecht an die Stelle der alten Merovinger setzte. Es kam nun darauf an, diesen Schritt zu legitimiren. Dazu wählte Pipin einen zweifachen Weg, die Wahl durch das Volk und die Sanktion durch die Kirche. Während kein Merovinger eine Volkswahl zur Bestätigung seines angeborenen Rechtes nothwendig erachtet hatte, bedurfte er, als Gründer einer neuen Dynastie, eines solchen Rechtstitels. Wie einst Chlodovech, so wurde jetzt Pipin vom Volke erhoben, ein schildgetragener König. Wäre Pipin, nach dem völligen Erlöschen des merovingischen Stammes, durch Volkswahl erhoben worden, so wäre dadurch die volle Legitimität seiner Thronbesteigung bereits hergestellt gewesen. Aber da Pipin den Merovinger Childerich von dem Throne seiner Väter stieß, verletzte er, wenigstens formell, das Recht. Für diesen Rechtsbruch konnte

die Heilung nur in einer höhern Autorität gesucht werden. Pipin fand sie bekanntlich in der Sanktion der Kirche. Was ihm an weltlichem Rechte abging, sollte ihm durch kirchliche Weihe ersetzt werden. Während kein Merovinger eine Weihe durch die Geistlichkeit gebraucht hatte,[140]) mußte der erste Karolinger sich durch die Zustimmung des Papstes, durch die Salbung des heiligen Bonifacius, legitimiren.[141]) Ja, selbst dies genügte dem Gründer der neuen Dynastie nicht, er ließ den Papst Stefan nach St. Denis kommen; hier erfolgte die Salbung Pipins und seiner beiden Söhne Karl und Karlmann zu Königen der Franken, gleichzeitig wurde auch die Königin Bertha gesalbt. Dadurch erkannte der Papst nicht nur Pipin als König, sondern auch sein Geschlecht als königliches an. Die fränkischen Großen mußten schwören, nie einen König aus anderem Geschlecht anzunehmen: „ut nunquam de alterius lumbis regem praesumant eligere.“ [142])

Die ganze Bedeutung dieses Dynastiewechsels ist schon den Zeitgenossen klar gewesen. Es ist ihnen wohlbewußt, daß durch Childerichs Absetzung ein historisches Recht verletzt worden ist, aber eben so gut, daß diese Verletzung zu einer höhern Nothwendigkeit geworden ist. Alle Schriftsteller, welche diesen großen Staatsakt besprechen, bemühen sich, denselben in ihrer Weise zu rechtfertigen, wie z. B. aus der ganzen Haltung Einhards diese Tendenz hervorgeht. So behandelt auch Paulus Diaconus in seiner Geschichte der Bischöfe von Metz mit besonderer Ausführlichkeit die Ahnen und die Familiengeschichte Karls des Großen.[143]) Es blickt auch hier die Absicht hindurch, die Thron-

---

[140]) G. Waitz, II. S. 107, III. S. 61.

[141]) Waitz III. S. 67: „Die Salbung wurde wesentlich in der Bedeutung gefaßt, daß sie ersetzen sollte, was dem neuen Herrscher und seinem Geschlecht noch fehlte, das erbliche Recht, die Abstammung von einem alten königlichen Hause.“ Erinnert dies nicht ganz an das gleiche Verfahren Napoleons I.?

[142]) Sigurd Abel, Untergang des Langobardenreichs. S. 36. Waitz III. S. 65.

[143]) Otto Abel, Paulus Diaconus Einl. S. XV. Von männlicher Seite war ja Bischof Arnulf von Metz, † 631, der älteste bekannte Ahnherr der Karolinger. Sein Sohn Ansegisel heirathete Begga, die Tochter Pipins von Landen, die Mutter Pipins von Heristal. Vergl. insbesondere H. E. Bonnel die Anfänge des karolingischen Hauses.

besteigung der Karolinger zu rechtfertigen und sie gleichsam als „ein durch Heilige legitimirtes Herrscherhaus" darzustellen.

Nach ächtgermanischer Anschauung hat Pipin die Königswürde nicht nur für seine Person, sondern für alle seine Nachkommen mit erworben. Sein Geschlecht ist nun eben so gut ein königliches, wie das der Merovinger. Mit derselben Treue hängen die Franken an ihrer neuen Dynastie und es ist nie daran gedacht worden, jemanden zum König zu erheben, der nicht aus diesem Geschlecht entsprossen war. Die Erblichkeit der Königswürde in dem Geschlechte Pipins ist ein unbestrittener staatsrechtlicher Satz.[144])

2) Die Successionsordnung und die Theilungen.

Die karolingische Dynastie war ganz an die Stelle der Merovinger getreten. Damit überkam sie auch die Successionsordnung, welche auf dem Prinzip der Reichstheilung ruhte. Pipin, der erste Karolinger, theilte sein Reich zwischen Karl und Karlman; er ging bei dieser Theilung einen neuen Weg. Bei den frühern Theilungen hatte man mehr auf die Eigenthümlichkeit der Völker, die Nationalität gesehen; jetzt wurde nicht ein östliches und ein westliches, sondern ein nördliches und südliches Frankenreich beliebt.[145])

Mit der Erwerbung der Kaiserwürde durch Karl den Großen kam indessen ein neues Element in die Successionsverhältnisse des karolingischen Hauses, welches mehr zur Individualsuccession, wenigstens zu einer Bevorzugung des Erstgebornen, hinneigte.

Das Kaiserthum ließ, seiner ganzen Idee nach, nur Einen Kaiser zu, welcher mit dem Papste an der Spitze des großen christlichen Gemeinwesens stehen und die Einheit der Kirche be-

[144]) So sagt Karl der Große selbst in einem Cap. I. d. a. 806: „notum fieri volumus, quod filios nostros regni a Deo nobis concessi heredes relinquere optamus" (Pertz leg. I. p. 140). So heißt es in dem Cap. apud Marsn. c. 9. a. 847: „ut regum filii legitimam hereditatem regni, secundum definitas praesenti tempore portiones, post eos retineant" (Pertz l. c. 394). In einer Convention von 859 erklären die drei Könige Karl II., Lothar II. und Karl: „Quia, sicut dicit sanctus Gregorius et ex consuetudine olitana cognoscitis, in Francorum regno reges prodeant ex genere." (Pertz l. o. p. 462.)

[145]) Waitz III. S. 89.

wahren sollte.[146]) Daher finden wir in der karolingischen Periode einen Kampf zwischen der Idee der Reichseinheit, welche besonders von bedeutenden Geistlichen vertreten wurde, und dem Theilungsprinzip, welches als alte fränkische Gewohnheit vom merovingischen Hause in das karolingische verpflanzt worden war.[147]) Die erste Idee wirkte wenigstens so weit praktisch ein, als von einer Theilung der Kaiserwürde nie die Rede war, sondern dieselbe regelmäßig als ein Präcipuum des ältesten Sohnes betrachtet und nach dem Recht der Erstgeburt vererbt wurde.[148])

Eine Bevorzugung des erstgebornen Sohnes offenbart sich in den beiden Theilungsurkunden von 806 und 817, freilich in verschiedener Weise. Diese chartae divisionis, welche gewissermaßen als die Vorläufer der spätern Hausgesetze und Stammverträge anzusehen sind, räumen beide dem Erstgebornen einen kleinern oder größern Vorzug ein, wovon die merovingische Hausverfassung nichts gewußt hatte.

Karl der Große bestimmte seinen drei Söhnen, Karl, Pipin und Ludwig, das Reich der Franken; 806 publicirte er auf einem Reichstage zu Diedenhofen ein Theilungsinstrument, wonach der jüngste Sohn Ludwig das südliche Gallien mit der spanischen Mark erhalten, Italien dagegen Pipins Antheil sein sollte. Alles Andere sollte dem ältesten Sohne Karl zufallen. Karl der Große theilte nach viel bestimmteren Grenzen, als es früher zu geschehen pflegte, doch wollte auch er ein einiges Reich erhalten, dessen Theile zu gegenseitiger Hülfeleistung fest verbunden wären. Dem Erstgebornen ist in Bezug auf seinen Erbtheil ein bedeutender Vorzug eingeräumt, sein Reich unverhältnißmäßig größer, als das der andern beiden Brüder, es ist das eigentliche Hauptland, welches dem alten Frankenreich am meisten entsprach, aber von einer Oberherrlichkeit des Erstgebornen über die jüngern Brüder ist nirgends die Rede, nicht einmal eine Verfügung über die Kaiserwürde ist getroffen.[149])

[146]) W. B. Wenck, das Fränkische Reich 1851, S. 15. ff. A. F. Gfrörer, Geschichte der ost- und westfränkischen Karolinger. S. 1 ff.

[147]) Besonders wurde diese Idee des einheitlichen Kaiserthums unter Ludwig dem Fr. lebhaft hervorgehoben. Waitz IV. S. 557.

[148]) Dies Recht des Erstgebornen auf die Kaiserwürde hoben auch Lothars Anhänger gegen seine Brüder hervor: „quoniam ipse primogenitus et eo nomine imperatoris erat.“ Hincmar, Oper. II. p. 180 bei Waitz IV. 579.

[149]) Waitz IV. S. 556.

Bemerkenswerth ist der Umstand, daß Karl der Große keine weitere Theilung dieser drei Portionen gestattet, sondern wieder zu dem altgermanischen Prinzip des erblichen Wahlreichs zurückgreift. Er bestimmt nämlich, daß, wenn einer seiner Söhne wieder mehrere Söhne hinterlassen würde, das Volk aus diesen den König sich wählen sollte.[150]) Er stellt somit für die einzelnen Theile seines Reiches das Prinzip der Individualsuccession fest.

Allein Karl und Pipin starben vor ihrem Vater, und Ludwig der Fromme erhielt das Reich ungetheilt. Im Jahre 817 wurde er zu Aachen von den Goßen des Reichs angegangen, eine Verfügung über die Succession seiner Söhne zu treffen. Die hierauf erfolgte divisio imperii[151]) bietet für die Geschichte der Individualsuccession viel merkwürdiges dar. Sie bewahrt die Reichseinheit in viel vollständigerer Weise, als es früher geschah, und zwar mit voller Absichtlichkeit.[152]) Dabei räumt sie dem Erstgebornen so wesentliche Vorrechte ein, daß derselbe als das Haupt des Ganzen betrachtet werden muß, die beiden Nachgebornen aber fast nur als abgetheilte Herren erscheinen. Der älteste erhält den Kaisertitel, die beiden andern sollen, als Könige, unter seiner Oberherrlichkeit regieren, nur der älteste wird als Nachfolger im Reiche (successor imperii) bezeichnet.[153])

Die beiden Nachgebornen sind in allen wichtigen Angelegenheiten von dem ältesten abhängig (sub seniore fratre regali potestate potiantur). Einmal im Jahre sollen die drei Brüder eine Zusammenkunft bei dem ältesten haben, diesem Geschenke darbringen und sich über die allgemeinen Reichsangelegenheiten

---

[150]) „Quod si talis filius cuilibet istorum trium fratrum natus fuerit, quem populus eligere velit, ut patri suo in regni hereditate succedat, volumus, ut hoc consentiant patrui et regnare permittant filium fratris sui in portione regni, quam pater ejus, frater eorum, habuit." Pertz. I. 140.

[151]) Pertz leg. I. 198. Siehe über diese beabsichtigte divisio vom Jahre 817 H. Schulze, Erstgeburt, S. 22 ff.

[152]) „Nec his qui sanum sapiunt, visum fuit, ut amore filiorum aut gratia, unitas imperii, a Deo nobis conservati, divisione humana scinderetur." Hierin ist mit kurzen Worten angedeutet, daß das höhere staatsrechtliche Prinzip der Einheit und das Gesammtwohl keinen Familienrücksichten geopfert werden soll.

[153]) „Itaque taliter divina dispensatione manifestatum, placuit et

berathen [154]) (ad seniorem fratrem cum donis suis veniant). In Kriegen sollen die Brüder sich Hülfe leisten, die jüngern Brüder sollen jedoch ohne Zustimmung des ältesten keinen Krieg zu führen berechtigt sein. [155]) Eben so sollen die jüngern Brüder von fremden Staaten keine Gesandtschaften annehmen und keine an fremde Staaten schicken, [156]) auch beständig über die Grenzverhältnisse ihrer Reiche an den ältesten Bruder Bericht erstatten. [157])

Das altgermanische Prinzip des erblichen Wahlreichs, welches unter den Merovingern zur Zeit ihrer Kraft ganz in den Hintergrund getreten war, wird schon von Karl dem Großen wieder hervorgesucht; Ludwig der Fromme will es von Neuem angewendet wissen, jedoch mit der Begrenzung, daß die Wahl nicht, wie nach altgermanischer Weise, sich auf das ganze Geschlecht beziehen, sondern allein auf die Söhne des letzten Regenten beschränkt sein soll. Für die einzelnen Reiche der Söhne, welche durch diese Theilung entstanden sind, soll die Individualsuccession gelten. Das herrschende Subjekt soll aber nicht durch die Erstgeburt, sondern durch die Wahl der Großen bestimmt werden. [158]) Stirbt einer der jüngeren

nobis et omni populo nostro, more solemni imperiali diademate coronatum nobis et consortem et successorem imperii, si Dominus ita voluerit, communi voto constitui. Ceteros vero fratres ejus Pippinum et Hludovicum aequivocum nostrum communi consilio placuit regiis insigniri nominibus et loca inferius denominata constituere, in quibus post decessum nostrum, sub seniore fratre, regali potestate potiantur, juxta inferius adnotata capitula, quibus quam inter eos constituimus, conditio continetur." — Der älteste erhielt also das ganze Reich, als Kaiser, mit uneingeschränkter Machtvollkommenheit, die beiden andern nur bestimmte zugewiesene Theile, „loca denominata" mit bestimmten Hoheitsrechten.

[154]) „Sicut ei (seniori) major potestas, Deo annuente, fuerit adtributa."

[155]) „Item volumus, ut nec pacem nec bellum contra exteras et huic a Deo conservato imperio inimicas nationes absque consilio et consensu senioris fratris ullatenus suscipere praesumant."

[156]) „De legatis vero si ab exteris nationibus vel propter pacem faciendam vel bellum suscipiendum vel civitates aut castella tradenda vel propter alias quaslibet majores caussas directi fuerint, nullatenus sine senioris fratris conscientia eis respondeant vel eos remittant."

[157]) „Illud tamen monemus, ut quomodocunque se res in confinibus eorum habuerint, semper ad senioris fratris notitiam perferre non neglegant, ut ille semper sollicitus et paratus inveniatur."

[158]) „Si vero aliquis illorum decedens legitimos filios reliquerit, non inter eos potestas ipsa dividatur, sed potius populus pariter

Brüder ohne legitime Descendenz, so wird dessen Antheil nicht etwa getheilt, sondern fällt an den ältesten Bruder oder dessen Linie zurück.

Die Versorgung der nichtregierenden Herren ist eine nothwendige Consequenz jeder Art der Individualsuccession. Wo alle zur Regierung gelangen, hat jeder sich selbst zu versorgen. Wo Einer die übrigen ausschließt, muß für den Unterhalt der Nichtregierenden Sorge getragen werden. Eine solche Bestimmung findet sich auch hier vor.[159]) Uneheliche Kinder sind zwar von der Succession ausgeschlossen, haben nicht einmal ein eigentliches Apanagerecht, doch soll auch für sie möglichst gesorgt werden („et si contigerit illum habere liberos ex concubinis, monemus, ut erga illos misericorditer agat)."

Diese von Ludwig dem Frommen beabsichtigte divisio imperii blieb ohne praktischen Erfolg; ebenso mehrere andere Theilungsprojekte, die ich füglich übergehen kann.[160]) Nach Ludwigs Tod entschied das Schwert und der Vertrag von Verdün über die künftige Gestaltung des Reichs. Austrasien, das eigentliche Deutschland, hatte schon längst den Trieb nach einer nationalen Existenz in sich getragen und eigene Könige begehrt. Der

---

conveniens unum ex eis, quem Dominus voluerit, eligat et hunc senior frater in loco fratris et filii suscipiat, et paterno honore sublimato, hanc constitutionem erga illum modis omnibus conservet." Dönniges das deutsche Staatsrecht, I. S. 119.

[159]) „De ceteris vero liberis pio amore pertractent, qualiter eos, more parentum nostrorum, salvent et cum consilio habeant." Hierin sind alle Prinzipien einer wirklichen Apanage enthalten, der Gesichtspunkt der Versorgung und des standesmäßigen Unterhalts (more parentum).

[160]) Auch in den Streitigkeiten unter Ludwigs Söhnen kämpft das Prinzip des einheitlichen Kaiserthums, der Individualsuccession und der Erstgeburt gegen die Ansprüche der Brüder auf gleiche Theilung. Auch Lothar nahm entschieden eine Obergewalt in Anspruch: „Hlotharius qui monarchiam sibi vindicabat. (Ann. Fuld. 841. Pertz Scr. I. p. 363.) Hlotharium vero Franci loco patris ejus super se regnaturum suscipiunt. Ann. Fuld. ad. 840. p. 363. In dem Beschluß zu Ingelheim Pertz leg. I. p. 374 heißt es von Lothar: „Successor patris in Francia factus." Die beiden andern Brüder verlangten entweder die ihnen vom Vater hinterlassenen Reiche, oder eine neue gleiche Theilung: „universam Franciam aequa lance dividerent." Als Lothar seine Ansprüche auf eine kaiserliche Obergewalt und somit eine Erhaltung der Reichseinheit nicht durchsetzen konnte, betrachteten dies manche Zeitgenossen als ein Unglück. Flori diaconi querela de divis imperii bei Boucquet VII. p. 301.

Vertrag von Verdün trug der deutschen Nationalität Rechnung, und Deutschland erscheint von nun an als selbstständiges Reich.[161]) Aber das Prinzip der Individualsuccession, welches Ludwig der Fromme und Karl der Große wenigstens für die einzelnen Theile des Reiches durchgeführt wissen wollten, verschwand völlig. Ludwig der Deutsche bestimmte seinem ältesten Sohne Karlmann Bayern und die Grenzmarken gegen Slaven und Langobarden, dem jüngern Ludwig Ostfranken, Sachsen und Thüringen, dem jüngsten Sohne Karl Alemannien. Dieser väterlichen Anordnung zufolge theilten sich im Jahre 876 die Brüder in das erledigte väterliche Reich.[162])

Durch den kinderlosen Tod seiner Brüder gelang es Karl dem Dicken das Gebiet seines Vaters, später das ganze Frankenreich zusammenzubringen. Mit seiner Absetzung war der Stamm der ächten Karolinger in Deutschland erloschen. Arnulf war als unehelicher Sohn mehr durch das Glück der Umstände, als durch legitimes Erbrecht auf den Thron gekommen. Arnulfs Sohn, Ludwig das Kind, wurde gemäß dem Erbrecht als König anerkannt.

Auch der Kaiser Lothar theilte sein Reich ohne Bedenken unter seine drei Söhne und schaltete somit ganz nach privatrechtlichen Grundsätzen,[163]) während in Frankreich die Reichseinheit sich sehr bald befestigte.

3) Ehen und Ebenbürtigkeit.

Im allgemeinen ward zur Nachfolge Geburt aus rechtmäßiger, von der Kirche anerkannter Ehe gefordert.[164]) Auch im karolingischen Hause kommen Ehen mit Gliedern andern Königs-

[161]) Siehe hierüber besonders G. Waitz IV. S. 593 ff.

[162]) Luden, Bd. VI. S. 119 und 146. Ernst Dümmler Geschichte des ostfränkischen Reiches. Bd. I. Berlin 1862.

[163]) Regino ad a. 855 beschreibt diese Theilung folgendermaßen: Lotharus convocatis primoribus regni imperium filiis suis divisit. Ludovico Italiam tradidit, eumque imperatorem appellari fecit, aequivoco vero id est Lothario regnum quod ex suo nomine vocatur concessit; Carolo autem, qui junior natu erat, Provinciae regnum largitus est.“ Die untheilbare Kaiserwürde erhielt nach altem Gebrauch der Erstgeborene.

[164]) Divisio imperii d. a. 817: „Si vero absque legitimis liberis aliquis eorum decesserit, potestas illius ad seniorem fratrem revertatur.“ Waitz III. S. 240: „Doch ist auch dieser Grundsatz, haupt-

familien vor. So heirathete Karl der Große die Tochter des Langobardenkönigs Desiderius.[165]) Eine Tochter Karls des Kahlen wurde mit einem angelsächsischen König vermählt. Rotrudis, eine Tochter Karls des Großen wurde verlobt mit Constantin, Kaiser von Byzanz.[166]) Allein bei weitem die meisten Ehen schlossen die Karolinger mit Töchtern ihrer eigenen Unterthanen aus edlen Geschlechtern. Diese Ehen galten als völlig rechtmäßig; die Gemahlinnen erhielten den Titel von Königinnen, die Kinder waren successionsfähig.[167]) Eine Gattin aus dem Kreise der Unterthanen, wenn sie nur von edlem Geschlecht[168]) war, wird als „condigna conjux" bezeichnet.[169]) Ja in dem öfters er-

---

sächlich wegen einer gewissen Unsicherheit in der Behandlung der ehelichen Verhältnisse selbst, nicht zu ganz sicherer Geltung gelangt."

[165]) Einhardi a. Annal. a. 770. (Pertz. I. p. 348): „Bertha regina filiam Desiderii regis Carolo filio suo conjugio sociandam de Italia adduxit."

[166]) Annales Lauresham. (Pertz I. p. 32): „ibi desponsata est Hrotrud, filia regis, Constantino imperatori".

[167]) So war Karl der Große mit Hildegard aus einem edlen schwäbischen Geschlecht vermählt; Hildegard war Königin, ihre Söhne successionsfähig. Einh. vita Caroli M. c. 18. (Pertz II. 453.) So war die Königin Fastrada, eine andere Gemahlin Karls des Großen, die Tochter eines sächsischen Grafen. Saxo poeta a. 783 (Pertz I. 239). So war die Königin Irmengard, die Gemahlin Ludwig des Frommen, die Tochter des Herzogs Ingoramnus; Thegani vita Ludovici pii (Pertz II. p. 591), seine zweite Gemahlin Judith, die Mutter Karls des Kahlen, war aus edlem bayerschen Geschlecht. Daß gerade aus den edeln Familien des Landes die Auswahl stattfand, zeigt folgende Stelle: „Imperator inspectis plerisque nobilium filiabus, Huelphi comitis filiam nomine Judith duxit uxorem." Einh. ann. a. 819. (Pertz I. p. 357.)

[168]) Damit ist aber nicht gesagt, daß es bei den Franken schon in dieser Zeit einen wahren Adel gegeben habe. Wohl wird auf Abstammung, Ansehen des Geschlechtes Werth gelegt, aber ein bestimmter rechtlicher Vorzug ist damit nicht verbunden. Das lateinische Wort „nobilis" wird verwendet, um die volle Freiheit, die in alter Weise mit freiem Grundbesitz verbunden war, auszudrücken. Daß nobilis in den Urkunden regelmäßig nur die freien Grundbesitzer bedeutet, kann keinem Zweifel unterliegen. Waitz IV. S. 279. In diesem Sinne ist daher auch nur die oben ausgesprochene Ansicht von der Erforderniß edlen Geschlechtes zu verstehen.

[169]) So war auch Fridune, die Gemahlin Karls III. nur die Tochter eines Edlen, dennoch heißt es von dieser Ehe: „salubre dicentes fore et opportunum, si conjux condigna lateri adhaereret regio, ex qua filiorum totius regni profutura procederet propago. Eorum

wähnten Theilungsinstrument Ludwigs des Frommen werden Ehen mit auswärtigen Frauen, also auch mit fremden Königstöchtern, geradezu untersagt: „Illud tamen propter discordias evitandas et occasiones noxias auferendas cavendum decernimus, ut de exteris gentibus nullus illorum uxorem accipere praesumat" (Pertz leg. I. p. 199). Nach dieser hausgesetzlichen Bestimmung blieben den Karolingern keine andern Ehen, als mit vornehmen Unterthanentöchtern übrig. Ebenso verheiratheten sich die Töchter des karolingischen Hauses mit Unterthanen aus edlem Geschlecht[170]) und gewiß wurde auch bei ihnen eine solche Ehe als eine rechtmäßige angesehen, auf welche die Worte des Hausgesetzes von 806 Anwendung fanden:

„Quae autem filia juste ac rationabiliter a condigno viro ad conjugium quaesita fuerit, non ei denegetur."[171])

Nach der hausgesetzlichen Bestimmung Ludwigs des Frommen von 817 sollten die jüngeren Brüder, nach dem Tode des Vaters, die Zustimmung des ältesten Bruders zu ihrer Vermählung einholen: „volumus etiam ut si alicui illorum post decessum nostrum tempus nubendi venerit, ut cum consilio et consensu senioris fratris uxorem ducat."[172])

Auch die Schwestern bedurften, nach dem Tode des Vaters, des brüderlichen Consenses, welcher ihnen jedoch nicht versagt werden sollte, wenn sie sich mit einem würdigen Manne verheirathen wollten.[173])

Merkwürdig für das eheliche Güterrecht des karolingischen Hauses ist die Constitution Karls III., Walter III. p. 233, worin er seiner Gattin Frideruna eine dos aussetzt. Der König

---

consiliis exhortati quondam nobili prosapia puellam nomine Friderunam .... secundum leges et statuta priorum nobis imperiali connubio sociavimus regnique consortem statuimus." Constitutio dotis Fridunae reginae bei Walter III. S. 233. Es wurde also eine solche Ehe mit einer edlen Unterthanentochter für eine recht eigentlich den Hausstatuten entsprechende erklärt.

[170]) Vita Ludovici imper. cap. 61 (Pertz II. S. 645): „Gerhardus comes et gener quondam Pipini (Sohn Ludwigs des Frommen) nec non Ratharius similiter comes Pipini gener". Ruod. Fuld. Ann. a. 846 (Pertz I. S. 364); Hincmar. Rem. Annal. a. 876 (Pertz I. S. 499).

[171]) Pertz leg. I. p. 143.

[172]) Pertz leg. I. p. 199.

[173]) Pertz leg. I. p. 143.

handelt hier ganz nach dem Beispiele seiner Ahnen („si regum consuetudines antiquorum exequimur, nec non patrum mores procedentium imitamur"), nach den Gesetzen und Hausstatuten seiner Vorfahren — secundum leges et statuta priorum, — indem er seiner Gemahlin als dos im germanischen Sinne, dotis nomine, zwei Domänen übergiebt, zu vollem Eigenthum für alle Zeiten, so daß die Königin darüber ganz nach Belieben disponiren kann: „de nostro jure in jus et proprietatem seu dominationem illius transfundimus et perpetualiter habendo delegamus — perpetualiter habeat et, quicquid exinde facere voluerit, liberam et firmissimam in omnibus habeat potestatem."

Es war demnach eine Dotirung der königlichen Gemahlin mit Liegenschaften, ja mit ganzen Bezirken, im Hause der Karolinger ebenso hergebracht, wie im Hause der Merovinger; wahrscheinlich kam eine derartige constitutio dotis bei jeder königlichen Ehe vor: „quocirca regali more eam propriis rebus disponentes dotare." Diese Verschreibung hatte den Zweck, der Gemahlin für den Wittwenstand eine standesmäßige Versorgung zu gewähren.

Auch hier handelten die Karolinger ganz im Einklang mit der Lex Ripuariorum, ihrem Haus- und Stammesrecht, welche cap. 37. §. 1 vorschreibt: „si quis mulierem desponsaverit, quicquid ei per tabularum seu chartarum instrumenta conscripserit, perpetualiter inconvulsum permaneat. Die Dotirung der Frau mit Liegenschaften war bei den Franken ebenfalls allgemeine Sitte, und die Könige verfuhren, auch in dieser Beziehung, in voller Uebereinstimmung mit dem Rechte ihres Volkes. [174])

Karl der Kahle hatte seine Gemahlin sowohl mit Eigen, als mit Beneficien beschenkt. Um diesem Gutsbesitz noch größere Sicherheit zu gewähren, ließ er die Schenkung von seinem Sohne

[174]) Als Beleg hierfür kann das sogenannte libellum dotis bei Marculf angeführt werden (Walter III. p. 361): „Donat itaque ille honestae sponsae suae .... donatumque in perpetuum esse volo et de jure meo in jure et dominationis ipsius puellae transscribo et transfundo, res proprietatis meae in pago illo tam mansis, domibus, aedificiis etc. .... teneas atque possideas vel quicquid a die praesente facere volueris, liberam et firmissimam habeas faciendi potestatem." Also selbst bis auf den Wortlaut schloß sich der königliche Ehevertrag an die gewöhnliche Formel des Volksrechts an.

mitunterschreiben, und legte dieselbe den Großen des Reiches zur Bestätigung vor. [175])

Bei der Behandlung der Klöster, als königliches Gut, welche in der karolingischen Zeit festgehalten wurde, trugen die Könige auch kein Bedenken, den Nießbrauch derselben ihren Gemahlinnen, als dos, zu verleihen. Auch andere Mitglieder der königlichen Familie, wie Karls des Großen Töchter, wurden mit Klöstern beliehen. Die Königin, wie zur Zeit der Merovinger, hatte einen bedeutenden Grundbesitz mit eigener Verwaltung.[176]) Bisweilen erhielt auch der Sohn vom Vater Grundstücke, um mit diesen seine Gemahlin zu dotiren. Dies beweist eine Urkunde Ludwigs II. von 862, worin er seinem Sohne Karl dem Dicken 76 Hufen im Breisgau zu diesem Zweck überläßt. [177])

4) Unmündigkeit und Vormundschaft.

Während wir bei den Merovingern, in Bezug auf den Mündigkeitstermin, uns mit einer Vermuthung begnügen mußten, liegt uns für die Karolinger ein ganz ausdrückliches Quellenzeugniß vor. In der öfters erwähnten Divisio imperii d. a. 817 bestimmte Ludwig der Fromme, wie es, wenn einer von seinen Söhnen noch nicht zu den gesetzlichen Jahren, nach der lex Ri-

[175]) Pertz leg. I. p. 538.

[176]) Lotharii II. cap. 832: „De rebus quae Hildecarde regine traditae fuerunt, volumus, ut fiant descriptae per breves et ipsi breves ad nos faciant adduci.“ Pertz leg. I. p. 363.

[177]) Grandidier, Histoire de l'eglise de Strassbourg Tom. II. justif. 133: „qualiter filius noster Carolus adiit serenitatem nostram flagitans, ut quasdam res proprietatis nostrae ei in proprium concederemus, unde suam, quam Dominus sibi dedit, potuisset dotare uxorem: cujus petitioni, ut nos decebat, libenti animo assensum praebuimus, ita ut deprecatus est, fieri cupientes — dedimus ei quasdam res proprietatis nostrae consistentes in Alamannia in pago qui vocatur Brisohgawe — i. e. inter totum hobas septuaginta sex cum omnibus mobilibus et immobilibus, quae ad ipsas pertinent, tam in mancipiis quam in ceteris rebus ea ratione, ut ab die filius noster potestatem habeat suae uxori dandi etc.“ Auch König Ludwig II. hatte seine Gattin in hausobservanzmäßiger Weise dotirt: „morem antecessorum nostrorum imperatorum sequentes, hanc dilectissimam sponsam nostram Angilbertam, juxta legem Francorum dotamus.“ Murat. Antiq. II. p. 117. Derselbe König hatte seiner Gemahlin ein volles Dispositionsrecht über ihr ganzes Vermögen eingeräumt.

puaria, gekommen sein sollte, mit der Vormundschaft zu halten wäre:

„Si vero alicui illorum contigerit, nobis decedentibus, ad annos legitimos juxta Ribuariam legem nondum pervenisse.“ (Pertz I. p. 200.)

Die dispositiven Worte dieser Vorschrift, welche wir unten näher erörtern werden, beziehen sich lediglich auf die Anordnung der Vormundschaft, keineswegs auf die Festsetzung des Mündigkeitstermines. Dieser wird vielmehr als schon feststehend betrachtet, indem er sich von jeher in der ganzen karolingischen Familie nach der Lex Ripuaria richtete. Nach diesem Volksrechte war aber der gesetzliche Termin das Alter von 15 Jahren.[178])

Im karolingischen Hause bestand die Agnatentutel, das heißt die Vormundschaft der nächsten Schwertmagen. So bestimmte Ludwig der Fromme in seiner Divisio imperii, daß wenn einer von seinen Söhnen bei seinem Tode noch unmündig wäre, der ältere Bruder ihn und sein Reich bis dahin, wo jener die Mündigkeit erreicht haben würde, behüten und regieren sollte, wie er selbst, der Kaiser, es bis dahin gethan habe:

„volumus ut donec ad praefinitum annorum terminum veniat, quemadmodum modo a nobis, sic a seniore fratre et ipse et regnum ejus procuretur et gubernetur.“

Auch in vielen andern Urkunden versichern sich die Brüder gegenseitig, daß derjenige, welcher die andern überleben wird, die unmündigen Kinder des verstorbenen Bruders bevormunden, besonders in ihrer legitimen Thronfolge beschützen soll. So heißt es in einem Hausvertrage zwischen Ludwig dem Deutschen und Karl II. von 856:

„ut unusquisque nostrûm alterius filios sicut proprios in vera dilectione habeat et qui superstes de nobis alteri fuerit, illius qui decesserit uxori et filiis, sicut

---

[178]) Hiermit stimmt auch überein, daß Ludwig der Fromme im Jahre 838 seinen jüngsten Sohn, Karl den Kahlen geb. 823, wehrhaft machte, d. h. nach altgermanischer Weise für mündig erklärte und einen Theil des Landes als Herrschaftsgebiet zuwies.

inter eos convenit, debitam et necessariam adjutoriam praestet. (Pertz I. leg. p. 500).

In einem ähnlichen Hausvertrage zwischen Ludwig dem Jüngern und Ludwig III., dem Stammler, wird ausgemacht:

„ut si ego vobis superstes fuero, filium vestrum Hludowicum adhuc parvulum et alios filios vestros, ut regnum paternum hereditario jure quiete tenere possint, et consilio et auxilio adjuvabo. Si autem vos mihi superstes fueritis, filios meos Hludowicum et Karolomannum et alios quos divina pietas mihi donare voluerit, ut regnum paternum quiete tenere possint, similiter et consilio et auxilio, prout melius potueritis, ut adjuvetis rogo.“ Pertz I. leg. 546.

Wo eine solche Verabredung stattgefunden hatte, nahm die Agnatentutel zugleich den Charakter einer tutela pacticia an.

Auch die königlichen Töchter sollten, nach der Verordnung von Karl dem Großen, unter der Tutel ihrer Brüder stehen, doch sollte es jeder Schwester freistehen, welchen der Brüder sie sich zum Vormund erwählen wollte:

„De filiabus autem nostris, sororibus scilicet praedictorum filiorum nostrorum, jubemus, ut post nostrum ab hoc corpore discessum licentiam habeat unaquaeque eligendi sub cujus fratris tutela et defensione se conferre velit.“ Pertz I. leg. p. 143.

V. Die deutschen Königsgeschlechter bis zum Siege des völligen Wahlprinzips.

1) Das Erlöschen des karolingischen Hauses.

Durch die Absetzung Karls des Dicken im Jahre 887 wurde im Ostfrankenreich der legitime Stamm der Karolinger beseitigt. Man war sich wohl bewußt, daß hiermit ein Riß in das erbliche Legitimitätsprinzip gemacht sei.[179] Der zum König erwählte

[179]) Folkuini Gesta Abbat. Lobiens. c. 16. (Pertz IV. p. 61): „regum naturalium, qui apud Francos semper hereditarii habebantur, deficiente successione.“ Regino Chronic. a. 888: „Post cujus mortem regna sua, quae ejus ditioni paruerant, veluti legitimo destituta herede, in partes suas a sua compage resolvuntur et jam non naturalem dominum praestolantur.“ (Pertz I. p. 598.)

Arnulf, Herzog von Kärnthen, war ein unehelicher Sohn König Karlmanns. In Ermangelung ächter Sprößlinge des karolingischen Geschlechtes in Deutschland wurde, neben der persönlichen Tüchtigkeit des Erwählten, sogar die uneheliche Abstammung von dem alten Königshause berücksichtigt. Nachdem Arnulf aber einmal den Thron bestiegen hatte, war nach der germanischen Rechtsanschauung für sein Geschlecht ein Anspruch auf die Thronfolge von selbst gegeben. So wurde trotz aller Bedenken nach seinem Tode sein sechsjähriger Sohn Ludwig das Kind gewählt, und zwar gerade deshalb, weil man sich von dem Erblichkeitsprinzip der Königswürde nicht entfernen wollte. [180])

Im Westfrankenreiche dauerte der Stamm der ächten Karolinger noch lange fort und Karl der Einfältige wurde, nach dem strengen Legitimitätsprinzip, sogar als der Erbe des Ostfrankenreichs angesehen, nachdem hier die ächten Karolinger abgegangen waren. Solche Prätensionen konnten zwar nicht durchgesetzt werden, lebten aber fort, so lange noch ein Sprößling des karolingischen Stammes auf dem westfränkischen Throne saß. Gerade die Westfranken bewahrten das Erblichkeitsprinzip, die zähe Anhänglichkeit an die angestammte Dynastie, mit merkwürdiger Consequenz. Selbst in den entarteten Enkeln des großen Karl achtete man noch das königliche Blut. Sogar nach einmaliger Beseitigung der alten Dynastie durch Odo kehrte man doch wieder zu derselben zurück und zwar mit vollem Bewußtsein, weil man nur in der Erbmonarchie, in der strengen Erbfolge, eine Garantie für die Ruhe und Sicherheit des Staates fand. [181]) Erst mit Ludwigs

[180]) Diesen rechtlichen Gesichtspunkt legt der Erzbischof Hatto von Mainz offen dar: „Divino instinctu factum est, ut filius Senioris nostri (Arnulfi) quamvis parvissimus communi consilio principum in regem elevaretur, et quia reges Francorum semper ex uno genere procedebant, maluimus pristinum morem servare, quam nova institutione insidere." Hansizii, Germ. sacra I. 179. Luden, B. VI. S. 587. Giesebrecht, B. I. S. 167. Uebrigens ist in neuester Zeit die Aechtheit dieses Briefes bezweifelt worden.

[181]) Gerade diese Rücksicht gab den Ausschlag für Ludwig Transmarinus. Herzog Hugo plaidirte vor den Großen mit Erfolg für die alte Dynastie und deren Thronfolge: „Nec vero alieni generis quemquam arbitror promovendum, cum ejus tempore visum sit, quid nunc innasci possit, contemptus videlicet regis ac per hoc principum dissensus. Repetatur ergo interrupta paululum regiae generationis linea ac Caroli filium Ludovicum a transmarinis partibus revocantes, regem vobis decenter

des Faulen Tode wurde im Jahre 987 auch im Westreich der Stamm der Karolinger definitiv beseitigt.[182])

Im Ostfrankenreich oder im eigentlichen Deutschland konnte sich wegen der Ungunst der Umstände nicht sogleich wieder die Erblichkeit in einer Dynastie befestigen; aber sobald die Verhältnisse es erlaubten, kam auch hier das germanische Successionsprinzip — Vereinigung von Erbrecht und Wahlrecht — wieder zur Anwendung.

2) Das deutsche Reich als erbliches Wahlreich[183]).

Da Ludwig das Kind ohne Descendenz verstarb,[184]) und mit ihm der karolingische Stamm in Deutschland erloschen war, so mußte das reine Wahlrecht in Anwendung kommen. Auch bei dem Franken Konrad, der keine Söhne hinterließ, konnte das Erblichkeitsprinzip nicht wieder aufleben.

Als aber mit Heinrich I. das sächsische Haus den Thron bestiegen hatte, wurde in dessen Geschlecht die Krone wieder erblich. Da aber mit dem Erbrechte nach altgermanischer Weise das Wahlrecht des Volkes wieder Hand in Hand ging, so war damit die Einheit des Reichs und die Individualsuccession gesichert. Seit dem Abgang der Karolinger, welche ihre Lande wie Erbgut vertheilt hatten, konnte kein deutscher König mehr daran denken, das Reich unter seine Söhne zu vertheilen. In der Wirklichkeit machte sich die Sache gewöhnlich so, daß der König seinen ältesten Sohn zum Nachfolger designirte, daß die Großen des Reiches ihre Zustimmung gaben und dann huldigten, das übrige Volk, gleichsam als corona oder Umstand, dem neuen

---

create.. Sicque fiet, ut et antiqua nobilitas regiae stirpis servetur. Jam quod potius est sequentes, a maritimis horis adolescentem revocemus." Richeri, Histlib. I. c. 2. Pertz V. 586.

[182]) H. Schulze: die Capetinger in Bluntschlis Staatswörterbuch, B. II. S. 348. ff. Noch lange betrachteten strenge Legitimisten in Südfrankreich Hugo Capet als Usurpator, nicht als legitimen König: „Deo regnante, rege expectante" lauten die Urkunden.

[183]) Die auf die relative Erblichkeit des deutschen Reiches bezüglichen Quellenzeugnisse sind zusammengestellt in meinem R. der Erstgeburt S. 26—31.

[184]) Widukind I. 16: „Regi Hludovico non est filius, omnis populus Francorum et Saxonum etc."

Herrscher zujauchzte.[185]) So ist es erklärlich, daß die Quellenzeugnisse von der Erblichkeit der Krone sprechen und daß doch daneben immer von einer Wahl die Rede ist. Die ächtgermanische Vereinigung des Erb- und Wahlrechts bezeichnen. die Quedlinburger Annalen sehr treffend, wenn sie von der Erhebung Ottos des Großen sagen: „jure hereditario paternis eligitur succedere regnis." (Pertz Tom. V. p. 54.)

Obgleich die Succession in der deutschen Königswürde immer durch die Wahl des Volkes bedingt war, so nahm man doch regelmäßig auf den Vorzug der Erstgeburt Rücksicht. So bezeichnete Heinrich I. seinen erstgebornen Sohn Otto zu seinem Nachfolger: „Convocato omni populo, designavit filium suum Oddonem regem, ceteris quoque filiis praedia cum thesauris tribuens, ipsum vero Oddonem, qui maximus et optimus erat, fratribus et omni Francorum imperio praefecit.[186]) Gegen Otto's Erbfolge erhob sich jedoch ein Zweifel. Auf dem Reichstage zu Erfurt bildete sich eine Partei für den zweiten Sohn Heinrich, welche Heinrich's Vorzug darauf stützte, daß er des Königs Erstgeborener sei, während Otto zu einer Zeit geboren sei, wo sein Vater nur noch Herzog gewesen. Obgleich dieser Einwand nicht berücksichtigt wurde, so spricht doch schon seine Erhebung dafür, daß regelmäßig der Erstgeborne als der nächstberechtigte galt. So wurde denn auch jetzt der Erstgeborne,[187]) nicht der Porphyrogeneta, gewählt und alle deutschen Völker begrüßten ihn ohne Widerstand als König.[188])

Otto I. selbst hatte schon im Jahre 946 seinem erstgebornen Sohne, Liutolf, die Nachfolge im Reiche bei den Großen ausgewirkt,[189]) und erst, als Liutolf vor dem Vater verstorben

[185]) Dönniges Staatsrecht I. 499. Sehr klar tritt dieses Verhältniß bei Widukind Lib. II. c. 1. hervor: „Omnis populus Francorum atque Saxonum jam olim designatum regem a. patre, filium ejus Oddonem, elegit sibi in principem."

[186]) Widukind Lib. I. c. 41. ad a. 936.

[187]) Allerdings hatte Heinrich I. einen noch ältern Sohn, Thankmar. Dieser stammte aber aus einer Ehe, die die Kirche nicht anerkannt hatte. Giesebrecht Geschichte der Kaiserzeit I. S. 237. Otto war unzweifelhaft der erstgeborene legitime Sohn Heinrichs I.

[188]) Historisch-politische Blätter IV. S. 366.

[189]) Flodoard ad a. 953 bei Pertz Mon. V. 401: „regnum suum,

war, wurde Otto II. zum Nachfolger auserkoren, welchem sein vierjähriger Sohn Otto III. succedirte".

Als Otto III. kinderlos starb, war Heinrich II. der einzig noch lebende Fürst von dem Mannsstamme Heinrich's I. Dieser wurde daher, als nächster Blutsverwandter Otto's III. zum Könige erwählt. Er hielt sich selbst für den zur Thronfolge ausschließlich berechtigten, forderte deshalb geradezu die Krone und wurde auch als König allgemein anerkannt: „Henricus . . insignia regni extorsit, quasi jure hereditario sibi competentia.[190]) Mit Heinrich II. erlosch das sächsische Haus. Es war daher abermals eine völlige Neuwahl nöthig. Durch die Wahl Konrad's II. kam die Herrschaft, welche die Sachsen ein Jahrhundert lang gehabt hatten, wieder auf die Franken. In dem fränkischen Hause wurde die Krone auf dieselbe Weise wieder erblich. Konrad II. ließ noch bei seinen Lebzeiten seinen Sohn Heinrich III., dieser seinen dreijährigen Sohn Heinrich IV., letzterer seinen Sohn Konrad, dann Heinrich V. wählen. Heinrich IV. nannte in einem Briefe an den Papst sein Reich geradezu ein „regnum hereditario jure sibi collatum." Auch die Erklärung, welche ein Theil der Fürsten, mit Genehmhaltung des Papstes, bei der Wahl des Gegenkönigs Rudolfs von Rheinfelden abgab:

> „ut regia potestas nulli per hereditatem (sicut ante fuit consuetudo) cederet, sed filius regis, etiamsi

---

quod olim Otto Liutulfo delegaverat, et magnates suos eidem promittere fidelitatem jurejurando fecerat." Gerhardi vita S. Udalrici ibidem VI. 398: „Liutolfus . . . . cui pater ejus antea gentes omnes regionum suae ditioni subjectarum sacramento post finem vitae suae subjugaverat."

[190]) Sigiberti Chronicon a. 1002. Pertz VIII. p. 354. Thietmar von Merseburg sagt von der Thronbesteigung Heinrich's II: „A maxima multitudine vox una respondit Henricum Christi adjutorio et jure hereditario regnaturum." Thietmar Merseb. Chron. Lib. V. §. 2. Pertz IV. 791. Jngleichen sagt Adalboldus „De vexillo extolleretur in solium hereditarium, hereditarium dicimus, quia ut ab his, qui genealogias computare noverint, audivimus a Carolo M. ex parte patris decimam septimam, ex parte matris decimam sextam lineam propagationis tenebat. Jnsuper Otto III., post cujus obitum in regem eligebatur et ipse tertium ad invicem consanguinitatis gradum tenebat. Sciebat Theodoricus Henricum II in regno esse heredem." Adalboldus in vita Henrici, Pertz VI. P. 684.

valde dignus esset, potius per electionem spontaneam, quam per successionis lineam rex proveniret“.[191]) vermochte die Natur des erblichen Wahlreichs nicht zu verändern.[192]) Die fränkischen Könige waren durchdrungen von dem Gedanken, daß sie, als geborne Franken, recht eigentlich die Fortsetzer der karolingischen Monarchie, daß sie das königliche Geschlecht im vollsten Sinne des Wortes seien, wie sie auch ihre Abstammung von Karl dem Großen herleiteten.

Nach dem Abgang ihres Hauses waren die Hohenstaufen ihre Erben, auf welche ihre Güter und Besitzungen übergingen. Zwar konnten sie mit ihrer Prätension auf die Thronfolge nicht sogleich durchdringen und wurden von Lothar dem Sachsen verdrängt. Aber, nach kurzer sächsischer Zwischenherrschaft, erreichte das hohenstaufische Haus das im Jahre 1125 verfehlte Ziel und trat in die Erbschaft der fränkischen Kaiser ein. Es gelang der hohenstaufisch-fränkischen Partei, in Conrad III. einen Enkel K. Heinrich's IV. auf den Thron zu bringen; man sah in ihm einen Sprößling des alten Königsgeschlechts. In seiner Erhebung lag, im Gegensatz zu der Zwischenherrschaft eines Sachsen, gleichsam die Rückkehr zu dem fränkischen, vorzugsweise berechtigten Herrscherstamme.[193])

Auch in der neuen Dynastie der Hohenstaufen wurde dasselbe Verfahren beobachtet. Konrad III. erlangte die Wahl seines zehnjährigen Sohnes zum Nachfolger, welcher indessen vor ihm starb. Auf dem Sterbebette empfahl er nicht seinen zweiten Sohn Friedrich, der noch unmündig war, sondern seinen Neffen Friedrich von Schwaben, der dann auch wirklich gewählt wurde. Diese Uebergehung des unmündigen Königsohnes war keine Verletzung,

---

[191]) Bruno de bello Saxonico ad a. 1077.

[192]) Vergleiche besonders die gründliche Abhandlung von Phillips die deutsche Königswahl bis zur goldnen Bulle in den Sitzungsberichten der kaiserlichen Akademie Bd. 24. S. 403.

[193]) So faßten es die Zeitgenossen auf. Sigib. Contin. Gembl. a. 1138 (Perz VIII. p 386): Post mortem regis Lotharii non ferentes principes Teutonici regni, aliquem extraneum a stirpe regia sibi dominari, regem sibi constituerunt Conradum, virum regii generis. Erat quippe ex sorore nepos Henrici quinti regis, quarti imperatoris hujus nominis.“ Auf diese wenigstens cognatische Continuität der Dynastie legt Konrad III. selbst großen Werth. In seinen Urkunden hebt er dieses Verwandtschaftsverhältniß hervor und nennt Heinrich III. seinen Atavus, Heinrich IV. seinen Avus,

sondern eine consequente Anwendung des germanischen Successionsprinzips, nach welchem *unmündige Kinder* von dem Throne ausgeschloßen werden konnten, in welchem Falle dann der nächste waffenfähige Verwandte gewählt zu werden pflegte. Auch bei der Wahl Friedrichs wurde seine königliche Abstammung besonders berücksichtigt. Kaiser Friedrich I. erlangte noch bei seinen Lebzeiten die Wahl seines Sohnes Heinrich's VI. zu seinem Nachfolger.

Der bekannte Versuch dieses Königs, *Deutschland grundgesetzlich in ein reines Erbreich zu verwandeln*, zeigt, wie tief die Erblichkeitsidee noch im hohenstaufischen Hause begründet war. Heinrich's VI. Absicht ging dahin, das concurrirende Wahlrecht der Fürsten auszuschließen und aus dem erblichen Wahlreich *ein reines Erbreich* zu machen.[194]) Er wollte also durch ein *Grundgesetz* für Deutschland dasselbe erreichen, was sich, als Resultat des Herkommens, in Frankreich und andern germanischen Reichen allmälig entwickelt hatte. Die nothwendige Consequenz des beseitigten Wahlrechtes wäre die *Aufstellung einer festen Successionsordnung nach Geblütsrecht* gewesen, woran Heinrich auch gedacht zu haben scheint.[195]) Er wollte die römische Kaiserkrone und die deutsche Königskrone mit

---

[194]) Siehe über diesen Versuch die Schrift von *Julius Ficker* de Henrici VI. imperatoris conatu electiciam regum in imperio Romanogermanico successionem in hereditariam mutandi. Bonnae 1849.

[195]) Gervasius Tilberiensis Otia imperialia (bei Leibnitz Scriptor. rerum Brunsvicensium T. I. p. 943): „impetravit a subditis, ut cessante pristina palatinorum electione, *imperium in ipsius posteritatem, distincta proximiorum successione transiret* et sic in ipso terminus esset electionis *principiumque successivae dignitatis*,“ d. h. Heinrich VI. selbst sollte zugleich der *letzte* Wahlkaiser und der *erste* Erbkaiser sein. In dem Chronico Belgico Johannis monachi heißt es sehr bezeichnend: „Iste imperator Henricus videns regnum Almanniae et imperium Romanorum propter frequentes mutationes imperatorum multa mala perpessum, priusquam vota principum in persona imperatoris possent convenire, ordinavit, ut *amplius electio non fieret* (also völlige Abschaffung des bestehenden Wahlrechtes) sed per solam *sanguinis successionem imperium conferretur, ita ut qui propinquior imperatori esset, hereditarie fieret imperator* (also eine feste Successionsordnung nach Geblütsrecht). Ut autem Henricus a filio suo Friderico, quem de Constantia uxore sua habuit, sumeret exordium, regnum Siciliae et Calabriae et ducatum Apuliae et principatum Capuae

seiner sicilianischen Erbkrone in eine bleibende Realunion bringen, so daß über diese Reiche immer nur Ein Herrscher zu gebieten haben und eine Trennung dieser Kronen von nun an staatsrechtlich unstatthaft sein sollte. Jedenfalls sollte, wie in Sicilien, auch im deutschen Reiche, von nun an das Recht der Erstgeburt lediglich die Successionsnorm abgeben. Da in Sicilien, in Ermangelung von Söhnen, die Töchter succedirten und der Kaiser den deutschen Fürsten für ihre Reichslehen, als Belohnung für ihre Zustimmung, die cognatische Erbfolge einräumen wollte, so ist es sehr wahrscheinlich, daß Heinrich VI. auch an Ausdehnung des Erbrechtes auf Töchter und Cognaten seines Hauses dachte. War ja, selbst bei dem erblichen Wahlreich, bisher immer auch auf die cognatische Abstammung Rücksicht genommen, war ja sogar der erste Hohenstaufe Konrad III. als cognatischer Descendent des fränkischen Kaiserhauses, gewissermaßen als Sprößling der alten stirps regiá, auf den Thron erhoben worden.

Obgleich Heinrich VI. schon eine Anzahl von Fürsten auf seine Seite gebracht hatte, so scheiterte doch sein Plan an dem Widerstreben der römischen Curie und vieler deutschen Fürsten, welche darin eine zu große Stärkung der kaiserlichen Macht, eine zu gefährliche Beschränkung ihrer eigenen Ungebundenheit sahen: „Ne libertas principum in imperatoris electione vilescat" schrieb der besorgte Papst an die deutschen Fürsten.

So blieb es denn bei dem alten Zustand und Heinrich VI. begnügte sich damit, die Wahl seines dreijährigen Sohnes Friedrich durchzusetzen. Immer mehr trat das erbrechtliche Prinzip in den Hintergrund; gerade der Versuch Heinrich's VI. hatte die Fürsten mißtrauischer gegen die Wiederwahl eines Prinzen aus demselben Hause gemacht. Zwar verschwanden bis zum Aussterben der Hohenstaufen die Ansprüche aus dem Geblütsrecht noch nicht völlig; selbst Philipp von Schwaben berief sich noch auf sein Erbrecht: „Philippus autem quasi hereditarium se imperio successorem ingerit."[196]) Aber immer mehr drang in dem Bewußtsein der Zeitgenossen der Gedanke durch, daß es

Romano imperio univit, ut perpetuo terrarum istarum unus esset dominus" (also Individualsuccession). Noch andere hierhergehörige Stellen finden sich bei Ficker a. a. O. besonders p. 35 ff.

[196]) Hist. Novient. Monast. bei Böhmer Fontes III. p. 21.

für die Thronerhebung durchaus keinen anderen Rechtstitel gebe, als die Wahl der Fürsten. Mit dem Ausgang der Hohenstaufen ist Deutschland zu einem reinen Wahlreich geworden.[197])

3) Das deutsche Reich als reines Wahlreich und das persönliche Recht des Kaisers.

Nur in der Erbmonarchie ist eine eigenthümliche Hausverfassung des regierenden Geschlechtes denkbar. In der reinen Wahlmonarchie hat die staatsrechtliche Stellung des gewählten Monarchen lediglich den Charakter einer individuellen Prärogative, an welcher die Familie des Herrschers keinen Antheil hat.

Während bei Merovingern und Karolingern noch von einem eigenen Geburtsstande des königlichen Hauses die Rede sein konnte, ist dies bei dem Wahlkaiser des Mittelalters nicht mehr der Fall. In seiner staatsrechtlichen Stellung steht er hocherhaben über allen Fürsten, er ist der vornehmste Monarch der Christenheit, trotzdem hat er mit den Fürsten des Reiches, seinen Unterthanen, den gleichen Familienstand. Da er selbst durch Wahl aus dem Kreise der Semperfreien oder des Herrenstandes hervorgeht, so kann eine Absonderung der kaiserlichen

[197] Selbst Otto von Freising de rebus gestis Friderici I. Lib. II. c. 1. theilt diesen Standpunkt seiner Zeitgenossen: „Ubi cum de eligendo principe primates consultarent (nam id juris Romani imperii apex videlicet non per sanguinis propaginem descendere, sed per principum electionem reges creare sibi tamquam ex singulari vendicat praerogativa), tandem ab omnibus Fridericus Suevorum dux petitur cunctorumque favore in regem eligitur.“ Ja es wurde sogar das Prinzip aufgestellt, daß man den Sohn nicht unmittelbar nach dem Vater wieder wählen solle. Als nach Rudolfs Tode im J. 1292 von vielen Fürsten die Wahl seines Sohnes Albrecht gewünscht wurde, erwiderte man: „Albertum quidem dignum, sed non justum esse, ut filius inmediate patri succedat in hoc regno.“ Böhmer Fontes I. 331. Diese völlig veränderte Rechtsauffassung gewinnt immer mehr an Boden und im XIV. Jahrhundert nimmt es nicht mehr Wunder, wenn sich der Matseer Annalist ad a. 1373 in gleicher Weise ausspricht, als es Karl IV. gelungen war, die Wahl seines Sohnes Wenzel durchzusetzen: „Dignitatem imperialem volens post se relinquere filio suo, licet illud multo tempore antiquo non erat auditum, ut talis dignitas imperialis a patre processum haberet in filium“. Pertz Monum. IX. p. 836.

Familie im Eherecht von den Familien des Herrenstandes nicht stattfinden. Dem Kaiser und seiner Familie bleiben diese Familien vollkommen ebenbürtig;[198]) er schließt mit einer Tochter des deutschen Herrenstandes eine ebenso standesgemäße Verbindung, wie mit einer Prinzessin eines auswärtigen Königshauses.

Wir haben durch zahlreiche Quellenzeugnisse dargethan, daß alle germanischen Königshäuser in ihren privatrechtlichen Beziehungen nach ihrem angebornen Stammesrechte lebten. Da nnn die deutschen Wahlkaiser verschiedenen deutschen Stämmen angehörten, so hätte, in consequenter Anwendung dieses Prinzips, bei jedem Kaiser immer erst nach seinem Geburtsstamme gefragt werden müssen. Es hätte häufig ein Wechsel in der rechtlichen Beurtheilung der persönlichen und Familienverhältnisse des Kaisers, welche mit öffentlich-rechtlichen Beziehungen eng zusammenhängen, eintreten müssen. Diesen Uebelstand suchte man durch die staatsrechtliche Fiktion zu beseitigen, daß der Kaiser durch den Wahlakt fränkisches Recht erhält, welchem Stamme er auch durch seine Geburt angehören mag. Die hier entscheidende Hauptstelle, Sachsenspiegel III. 54 §. 4. lautet:

> „Die koning sol hebben vrenkesch recht, svenne he gekoren, von welker bord he ok si.“ [199])

Das deutsche Reich ist aus dem Ostfrankenreiche hervorgegangen. Obgleich mit der Wahl Heinrich's I. von Sachsen die Krone aus dem fränkischen Stamme hinausging, so galt doch noch Jahrhunderte lang der fränkische Volksstamm als der herrschende und erste in Deutschland. Der Nachfolger Karl's des Großen war immer in erster Linie noch König der Franken. Nur als Franke und auf fränkischer Erde, meinte man damals und hat man noch lange gemeint, könnte der neue König die

---

[198]) Selbst den Königssöhnen wurde nirgends ein höherer Stand beigelegt, als welchen ihre sonstige Stellung mit sich brachte; sie haben in keiner Beziehung einen Vorzug vor andern reichsfürstlichen Personen.

[199]) Die Parallelstellen im Spiegel deutscher Leute und im Schwabenspiegel lauten: Spiegel d. L. 297: „Der chunig sol haben vraenchische recht swenne er gekoren ist. von sweher gepurt er sei.“ (Ficker p. 137). Schwabenspiegel 123: „Alse der kiunig erwelt wird, von swelen landen er geboren ist. das recht hat er verloren unde sol haben frenckscher recht.

Krone empfangen. Der Wahlort wie der Krönungsort, Frankfurt und Aachen, lag auf fränkischem Boden. Deshalb mußte auch Otto der Große bei seiner Krönung sein weites sächsisches Kleid mit dem knappen fränkischen Gewande vertauschen.[200]) Wie symbolisch das fränkische Kleid, so sollte juristisch das fränkische Recht auch den, ursprünglich einem andern Stamme angehörigen, König zum Franken machen.

Karl der Große, welcher als Gründer des Reiches galt, sollte gewissermaßen sein geistiger Ahnherr werden. Daher die feierliche Besitzergreifung von dem Karlsstuhle zu Aachen, dem Erzthrone des Reiches. Führten doch die fränkischen und hohenstaufischen Kaiser auf Karl den Großen ihren Stammbaum zurück. Da nun die Karolinger nach ripuarischem Rechte lebten, so muß man bei dem fränkischen Recht, welches der Kaiser durch seine Wahl gewinnt, vorzugsweise an das ripuarisch-fränkische denken. Freilich darf dies nicht so verstanden werden, als habe sich dieses Recht auf die magern Bestimmungen der geschriebenen Lex Ripuaria beschränkt. Wenn in dieser Zeit von alemannischem, sächsischem oder fränkischem Rechte gesprochen wird, so meint man damit vorzugsweise das Gewohnheitsrecht, den Landbrauch, welcher das geschriebene Recht bei weitem überwog. Das Recht des Kaisers ist das Stammesrecht[201]) der Franken, in welchem salisches und ripuarisches Recht manchfach zusammengeflossen war.

Für die wirkliche Anwendung des fränkischen Rechtes auf die persönlichen Verhältnisse der Kaiser spricht der Umstand, daß auch, nach Abgang der Karolinger, der ripuarische Mündigkeitstermin von 15 Jahren für die Kaiser beibehalten wurde, wie aus manchfachen Quellenzeugnissen hervorgeht. So wurde K. Otto III. mit dem funfzehnten Jahre mit den Waffen bekleidet und übernahm damit die Regierung selbst. So wurde König Heinrich IV. in seinem funfzehnten Jahre in feierlicher Reichsversammlung zu Worms mit dem Schwerte umgürtet, worin eine Mündigkeitserklärung lag.[202]) Auch K. Heinrich, K. Friedrich's II. Sohn, trat

[200]) Giesebrecht, Geschichte der deutschen Kaiserzeit II. Aufl. Bd. I. S. 243.

[201]) Giesebrecht I S. 666.

[202]) Heinrich IV. war geboren 1050, die Umgürtung geschah 1065. Lamberti Annales ad a. 1065 (Pertz VII. p. 168). Annales Weissem-

bald nach zurückgelegtem fünfzehnten Lebensjahre seine Selbstregierung an.[203])

Auch in andern Beziehungen läßt sich eine praktische Anwendung des fränkischen Rechts auf die persönlichen Rechtsverhältnisse des deutschen Königs nachweisen, wenn dieser, seiner Abstammung nach, auch einem andern deutschen Stamme angehörte. So bedienten sich die Könige aus sächsischem Stamme der fränkischen Freilassungsform per excussionem denarii.

K. Heinrich I. erklärte in einer Urkunde, welche für einen Alemannen ausgestellt ist:

> „quia nos quendam presbyterum proprii juris nostri servum — .. per excussionem denarii a manu ejus juxta legem salicam liberum demisimus ... Unde regiae auctoritatis sceptro jubemus, quatenus memoratus presbyter tali lege ac libertate deinceps potiatur, qualem ceteri manumissi hucusque habuerunt, qui hujusmodi libertatem a regibus Francorum perceperunt.[204])

Ebenso ließ K. Otto III. aus sächsischem Stamme im Jahre 992 eine Hörige nach fränkischer Form frei:

> „Multitudo fidelium nostrorum sciat, famulam Constantiam nomine per excussionem unius denarii, quem nostra manu de sua manu excussimus, liberam fecimus."[205])

Es kann nicht auffallen, daß sich die Könige dieser Form der Freilassung per denarium bedienen und dieselbe als „juxta legem salicam" bezeichnen; denn in Bezug auf diese Freilassungsform stimmte die Lex Ripuaria mit der Lex Salica

---

burg ad a. 1065 (Pertz V. p. 71). Bernoldi chronicon ad a. 1065 (Pertz VII. p. 428).

[203]) Er war geboren 1212 und am 6. Sept. 1228 wird sein bisheriger Vormund, Herzog Heinrich von Bayern, zum letzten Mal als anwesend am königlichen Hofe bezeichnet. Böhmer Reg. Henrici VII p. 232. Kraut a. a. O. S. 116. Im Januar des folgenden Jahres spricht Heinrich von dem Antritt seiner Selbstregierung: „Cum itaque divina providentia in romani regni gubernacula nos vocaverit." (Urk. K. Heinrich's vom 28. Januar 1229 bei Huillard-Bréholles Hist. dipl. Frid. II. Tom. III. p 396).

[204]) Monum. Boica T. XXVIII Nr. 114 p. 163.

[205]) Martene thesaurus I. p. 104.

vollständig überein; [206]) diese Form war eben die allgemein fränkische, welche auch die Könige aus sächsischem Stamme gebrauchten, weil sie durch ihre Wahl in fränkisches Recht getreten waren.

Aus späterer Zeit führe ich noch ein Zeugniß an für die Anwendung des fränkischen Rechts auf die persönlichen und Familienverhältnisse des Kaisers.

Beatrix, die Tochter König Philipp's aus dem schwäbischen Hause der Hohenstaufen, verlobte sich mit König Otto IV. von Braunschweig. Ihre Verlobung findet nach fränkischem Rechte statt, wie Otto von St. Blasien ad a. 1209 erzählt:

> „Mox puella a duce Lupoldo cognato suo per manus Cardinalium lege Francorum desponsatur.“ [207])

Aus zahlreichen Urkunden geht schließlich hervor, daß auch die deutschen Kaiser, nach dem Vorbild der merovinigschen und karolingischen Könige, ihren Gemahlinnen bedeutenden Grundbesitz als „dotale munus“ einzuräumen pflegten. Heinrich I. schenkte seiner Gemahlin Mathilde seine Erbgüter zu Quedlinburg, Nordhausen und Duderstadt, sammt den Städten daselbst und allen Zubehörungen. Otto I. bestimmte die Abtei St. Maximin zum Witthum der Kaiserin [208]) und genehmigte die von seinem Sohne, Otto II., der Theophanu ausgestellte Heirathsverschreibung. [209]) Dieser verschrieb seiner Gemahlin große Besitzungen in Italien und ganze Landschaften und Königshöfe in Deutschland und bestätigte seiner Mutter Adelheid die derselben von seinem Vater als „dotale munus“ geschenkten Güter in Elsaß, Thüringen, Sachsen u. s. w. [210]) Die Dotirung der Königinnen mit St. Maximin scheint ein Herkommen gewesen zu sein, welches die Könige der verschiedenen Dynastien, als eine altfränkische Königssitte beobachteten. So bekundet Heinrich III., daß er seine Gemahlin Agnes, nach dem Vorgange seiner Vorfahren seit Dagobert, mit dem Kloster St. Maximin dotirt und bewidmet habe. [211])

---

[206]) Lex Salica XXVI. (Merkel p. 14) Lex Ripuaria LVII. §. 1. Form. Marc. I. 22.

[207]) Böhmer Fontes III. p. 639.

[208]) Hontheim Historia Trev. I p. 292.

[209]) Orig. Guelf. IV. 461.

[210]) Schöpflin Alsatia diplom I. 126. No. CLV.

[211]) Gudenus Cod. diplom. III. 1039: „dotali lege et legitima regni dote ad thronum et honorem regni nostri dotavimus.“

Abgesehen von diesen vereinzelten Zügen, konnte sich für den Kaiser kein eigenthümliches Fürstenrecht entwickeln. Staatsrechtlich hocherhaben über alle andern Fürsten, Grafen und Herren des Reiches, blieb er doch privatrechtlich ihr Standesgenosse. Im Familienrechte trennte ihn keine Schranke von dem Herrenstande, aus dem er selbst hervorgegangen war. Der Kaiser, mit seinem Hause, befolgte in jeder Beziehung die Rechtsgrundsätze, nach welchen der Herrenstand seine Ehen schloß, sein eheliches Güterrecht einrichtete, seine Wittwen begabte; ebenso vererbte der Kaiser die Herzogthümer und Grafschaften, die er als Reichsstand besaß, ingleichen das Grundeigenthum und Stammgut seiner Familie, wie jeder andere Fürst und Graf.

Da also von einer besondern kaiserlichen Hausverfassung im eigentlichen Mittelalter nicht die Rede sein kann, so haben wir uns von nun an nicht mehr mit der Spitze der Reichsverfassung, dem Kaiser, sondern mit der fürstenrechtlichen Entwicklung des deutschen Herrenstandes, des spätern hohen Adels, zu beschäftigen.

Die deutsche Monarchie der Gegenwart ist nicht wie die englische, französische, spanische, aus dem Königthum des Mittelalters hervorgegangen, sondern aus dem großen Beamtenthume, welches zur Landesherrlichkeit und endlich zur Souveränetät gelangt ist. Auf der Grundlage eines ursprünglichen Reichsamtes, des Herzogthums, der Mark-, Pfalz- und Landgrafschaft oder der gewöhnlichen Grafschaft, sind die deutschen Fürstenhäuser zu ihrer gegenwärtigen staatsrechtlichen Stellung emporgestiegen. An diese Entwickelung des deutschen Fürstenstandes im Mittelalter hat daher auch die weitere Geschichte der fürstlichen Hausverfassung anzuknüpfen.*)

Ueber die Salmannen.

Von

Herrn Professor Dr. O. Stobbe in Breslau.

§. 1. Über die Salmannen, welche besonders in baierischen, außerdem auch in den Urkunden und Rechtsquellen der andern

*) Die erst nach Absendung des Manuscriptes erschienene Schrift von K. Binding „Das burgundisch-romanische Königreich" kann leider nicht mehr benutzt werden.

deutschen Volksstämme sehr häufig erwähnt werden, ist von manchen Schriftstellern ex professo, von andern nur gelegentlich gehandelt worden. Ein reiches Urkundenmaterial stellte bereits Joh. Heumann in der Commentatio de Salmannis, Altorf, 1740. 4°. (28 Seiten) zusammen, welche er bei Gelegenheit des Antritts seiner außerordentlichen Professur zu Altorf herausgab; durch weitere Quellenbelege und neue Ausführungen vermehrt erschien dieselbe Abhandlung zum zweiten Male in Joh. Heumanni opuscula. Norimb. 1747. 4° p. 289—324. Der Verfasser beschränkte sich darauf die verschiedenen Anwendungsfälle aus zahlreichen, besonders baierischen gedruckten und ungedruckten Urkunden nachzuweisen, ohne auf die juristische Bedeutung des Instituts einzugehen; doch ist die Abhandlung, wie alles, was Heumann schrieb, gelehrt und gründlich. — Lipowsky's „historische Abhandlung vom Salmännischen Eigen, einer in Baiern vormals und noch üblichen Lehngattung" (aus den Abhandlungen der Churf. baier. Akademie der Wiss. X. S. 285, wieder abgedruckt in Zepernick's Sammlung auserlesener Abhandlungen aus dem Lehnrecht II. 1781. S. 74—95) handelt nur zum geringsten Theile von den Salmannen und trägt nichts wesentliches zur Erläuterung des Instituts bei. — Albrecht Gewere S. 245—254 bringt das Institut in treffender Weise mit der Treuhänderschaft im Allgemeinen und mit der Lehnsträgerschaft in Verbindung und hat außerdem auf die mannigfaltigen Anwendungen desselben, wenn auch öfter nur mit kurzen Andeutungen, hingewiesen. — Beseler Erbverträge I. S. 261—288 widmet den Salmannen eine eingehende Darstellung und verfolgt insbesondere den Uebergang von denselben zu den Testamentsexekutoren. — Endlich hat Merkel in der erst nach seinem Tode erschienenen Abhandlung: über das Firmare des baierischen Volksrechts (Zeitschrift für Rechtsgeschichte II. S. 101 ff.) von den verschiedenen Mitteln, durch welche in Baiern die Uebertragungen von Grund und Boden bestärkt wurden, und in diesem Zusammenhange auch von den Salmannen gehandelt (S. 146—152); seine Arbeit stützt sich auf eine fast vollständig zu nennende Benutzung des massenhaften Materials baierischer Urkunden; auf die ältere Literatur nimmt er keine Rücksicht.

Trotz dieser Arbeiten erscheint es mir nicht überflüssig, noch einmal die Lehre von den Salmannen zu erörtern. Hauptsächlich

kommt es mir darauf an, nachzuweisen, in wie verschiedenen Fällen man Salmannen zuzog und welche verschiedenen Funktionen man durch ihre Vermittlung zu erreichen suchte.

§. 2. Zunächst unterliegt es keinem Zweifel, daß Salmannen Uebergabspersonen sind, von dem altdeutschen sala; so viel wie traditio [1]): es waren Personen, denen eine Sache übergeben wurde, oder welche selbst die Übergabe vollziehen sollten. Solche Mittelspersonen bezeichnete man auch durch andere Ausdrücke: delegatores, mediatores, executores, conservatores, Treuhänder; insofern es sich um eine Uebergabe nach dem Tode des Eigenthümers handelte, auch testamentarii, testatores, legatarii. [2]) Man zog die Salmannen bei sehr verschiedenen Rechtsgeschäften zu und suchte sehr mannigfaltige Zwecke durch ihre Vermittlung zu erreichen.

Zunächst fassen wir den Fall ins Auge, daß der Eigenthümer, welcher ein Grundstück veräußern wollte, sich der Salmannen als Mittelspersonen bediente: er übertrug das Gut zunächst ihnen, fügte aber dieser Übertragung die Bestimmung bei, daß sie es weiter dem Erwerber übergeben sollten. Bald sollten sie diese Uebertragung unmittelbar oder kurze Zeit darauf vornehmen, bald erst nach längerer Zeit, bei einer bestimmten Veranlassung, beim Tode des Veräußerers u. s. w. *).

---

[1]) Die älteste Urkunde mit Salmannen ist nach Beseler S. 263. N. 2. vom J. 1108. — Das Wort selbst ist um vieles älter; es war auch ein nicht gerade seltener Name; Merkel, S. 149. N. 147 führt einige baierische Belege an; aber auch außerhalb Baierns kommt der Name vor, z. B. in einer Fuldaischen Urkunde a. 812 (Dronke C. D. Fuldensis Nro. 274), am Niederrhein c. 1140 (Beyer I. Nro. 520); vergl. auch Förstemann altdeutsches Namenbuch I. S. 1069. Wahrscheinlich dürfte der Name Salmann von sala, das Haus, herkommen, wie Heumann p. 294 als eine Bedeutung von salmanni angiebt homines curiales, daneben aber p. 295 auch die andere vertheidigt: personae, quarum per manus aliis aliquid datur.

[2]) Nachweise über diese Bezeichnungen vergl. bei Albrecht, S. 245, 246. N. 684, Beseler, S. 263. N. 2, S. 280. N. 6, Merkel, S. 148 f.

*) Beiläufig bemerke ich, daß man auch bei der Uebertragung von Leibeigenen, welche ja in manchen Beziehungen den Grundstücken gleichgestellt waren, (z. B. Dronke C. D. Fuld. Nro. 586) und um sie freizulassen (Mon. Boica XXVIII b. p. 76) sich der salmännischen Vermittlung bediente.

I. Der Salmann soll bald darauf die beabsichtigte Uebertragung vornehmen. Die älteste Nachricht findet sich in der bekannten und vielbesprochenen Stelle der Lex Salica tit. 46: derjenige, welcher einem Andern ein Grundstück oder Vermögen zuwenden will, überträgt es zunächst an eine Mittelsperson (hominem, qui ei non perteneat), welche sich in den Besitz setzt (in casa ipsius manere debet et hospites tres suscipere debet et de facultate sua de quantum ei datur in potestatem suam habere debet); innerhalb 12 Monaten hat dieselbe dann an den Bedachten (quos heredes appellavit) vor Gericht die endgültige Uebertragung vorzunehmen. Beseler, S. 101 f., ist geneigt hier eine Vergabung von Todes wegen zu finden und meint, daß dem Tradenten noch ein Recht am Vermögen blieb; meiner Meinung nach ist das aus dem Wort heres nicht zu schließen, und es spricht dagegen, daß die Auflassung an den Bedachten nicht erst beim Tode des Veräußernden, sondern innerhalb 12 Monaten stattfinden sollte. [3]) Möglich ist es, daß durch Vermittlung des homo, qui ei non perteneat das Vermögen auf einen Andern übertragen werden und der Veräußernde noch den lebenslänglichen Genuß behalten sollte, wenn auch die Lex Salica in ihren zum Theil dunklen und ungeordneten Mittheilungen dies nicht ausdrücklich sagt. Hervorzuheben ist, daß nach der Uebertragung des Vermögens an den Salmann sich dieser in Besitz setzt und sich als Herrscher über das Grundstück gerirt: er lädt Gäste ein, bewirthet sie und nimmt ihren Dank entgegen.

§ 3. Der Vermittlung einer Tradition durch Salmannen begegnen wir besonders bei Schenkungen an die Kirche, sei es daß man hier die Zuziehung von Salmannen für besonders ersprießlich hielt, sei es, daß sich dies aus dem Umstande erklärt, daß die meisten Urkunden, welche uns aus älterer Zeit erhalten sind, von Traditionen an die Kirchen handeln.

---

[3]) Irrthümlich sagt Beseler, S. 100: nach 12 Monaten; der Text heißt: ante duodecim menoes. — Manche Schriftsteller, welche gleichfalls eine Vergabung von Todes wegen annehmen, scheinen die Worte ante duodecim menses ganz übersehen zu haben, so Sandhaas germanist. Abhandlungen S. 8, welcher sagt, daß das Geschäft erst nach dem Tode des Vergabers zur wahren Vollendung gelangte; noch ungenauer sagt Rückert Untersuchungen über das Sachenrecht der Rechtsbücher S. 90. N. 58, er denke bei den Worten postea aut ante regem aut in mallo

In diesen Urkunden wird das Verfahren regelmäßig in seine einzelnen Bestandtheile auseinandergelegt und ausdrücklich bemerkt, daß der Salmann nicht bloß den Auftrag erhielt, die Auflassung statt des Eigenthümers zu vollziehen, sondern daß der letztere dem Salmann die Sache aufließ, ihm Recht und Besitz übertrug und dieser dann seinerseits die Auflassung an den Bedachten vollzog: z. B.

Urk. a. 876 (Dronke c. D. Fuld. Nr. 613): tradimus tibi R. in fidei tuae manum ... ut ad monasterium ... tradas ... ea videlicet ratione ut a die praesente ratum et stabile permaneat.

Urk. a. 929 (Dronke Nr. 675): K... sub pignore tradidit in manum fidelem Bopponi comiti, in cujus etiam comitatu jacet .... et ipse Boppo comes tradidit hanc ipsam hereditatem ad sanctum Bonifacium.[4])

Es fand eine wirkliche Auflassung statt, bei welcher der Auflassende, wie er sich sonst darüber aussprach, ob er Eigenthum, Lehen, Pfandrecht oder welches Recht sonst zu übertragen beabsichtigte, hier in feierlicher Form erklärte, daß der Empfänger berechtigt und verpflichtet sein sollte, eine neue Tradition an ein bestimmtes Subjekt vorzunehmen.

---

reddere debet, durch welche die Auflassung von Seiten der Mittelsperson beschrieben wird, an die Zeit nach dem Tode des Vergabers.

Wenn ich es auch nicht leugnen kann, daß die rechte Gewere erst ein Institut des späteren Mittelalters ist (Beseler S. 102, Merkel S. 162 ff.), so glaube ich doch, daß sich manche Vorläufer derselben auch schon in früherer Zeit entdecken lassen (vergl. meine Abhandlung über die Gewere S. 468, ferner L. Lang. Lotharii I. c. 30) und daß zu diesen auch jene Vorschrift in Betreff der 12 Monate gehört: man will verhindern, daß durch den längeren Zeitablauf es den Anschein gewinne, als habe der Salmann ein selbständiges Recht.

4) Ried, C. D. I. Nro. 15. a. 810: ein Graf tradirt seinem Vassus Güter und vestirt ihn auch, damit er selbst die Güter dem Kloster tradere und revestire möge. — Falkenstein C. d. antiq. Nordgauens. p. 41 sq. a. 1217: cum .. J... omne predium suum .... sollempniter et legaliter tradidisset domino N. militi .... et idem miles dominium prefati predii omni quam debuit sollempnitate adhibita transtulisset in ecclesiam nostram. — Meichelbeck I. Nro. 366. a. 817. tradidit et firmavit et hanc traditionem in manus per wadium Deotmari nepoti suo commendavit, quatenus in altarem b. Mariae constitueret, vel etiam vestituram dimitteret et firmiter confirmaret. — Weitere Belege für die Auflassung an den Salmann bei Albrecht S. 246. N. 681.

Oft heißt es, der Veräußerer habe das Gut per manum salmanni [5]) aufgelassen [6]). Wenn es gewiß nicht zu bestreiten ist, daß dies nur ein kürzerer Ausdruck sein kann, bei welchem man es dem Leser überließ, sich das selbstverständliche zu ergänzen, nämlich, daß der Salmann die Sache in seine Hand durch Auflassung erhalten habe, so veranlaßt doch der Ausdruck die Frage, ob eine solche vorhergegangene Auflassung nothwendig war, oder ob auch ein gewöhnlicher Auftrag, ohne Benutzung der bei sachenrechtlichen Uebertragungen gebräuchlichen Form, genügte, um den Salmann zu seiner Auflastung zu legitimiren. Beseler, S. 263, glaubt das letztere leugnen zu können, und jedenfalls ist so viel richtig, daß man eine durch einen bloßen Mandatar vollzogene Auflassung als späteren Anfechtungen ausgesetzt betrachtete; so erklärte z. B. a. 1240 (Urkundenbuch des Landes ob der Enns III. Nro. 80) Jemand, er habe sein Gut der Kirche tradirt per nuntios meos et literas meas ... sub idoneis testibus legitima traditione licet absens ... Ut illa donatio mea, quam absens feceram, debita et rata firmitate constaret, tradirt er das Gut noch einmal in eigener Person ad domum sancti Floriani personaliter accedens; um jeden möglichen Zweifel zu beseitigen, wiederholt der Schenker seine Auflassung. Indessen scheint man sich da, wo der Eigenthümer durch schwere Krankheit [7]) oder

[5]) Solche Fälle sind wohl zu unterscheiden, von denen wo Frauen oder Geistliche das Gut cum manu advocati sui auflassen. In diesen letzteren Fällen war der advocatus nicht eine aus freiem Belieben dazwischen geschobene, sondern eine nothwendigerweise zugezogene Person, durch deren Consens und Mitwirkung das Rechtsgeschäft erst seine volle Kraft erhielt; vergl. auch Möser, osnabr. Gesch. II. 3. §. 11, Schröder, Gesch. des ehel. Güterrechts I. S. 5. N. 28.

[6]) z. B. Schannat vindem. lit. collect. I. p. 47. a. 1108: ... per manum fidejussoris mei quod vulgo dicitur Saleman ... delegavi predia mea ... ad altare; Mon. B. IV. p. 63. c. 1150: D... tradidit predium suum ... in manum D.... per manum Popponis consocii sui.

[7]) Meichelbeck I. Nro. 146 a. 807: Ego T. presbyter magna egritudine depressus etiam ad ultimum vite deductus ... ecclesiam ... tradedi ad domum ... Virginis Mariae ... Jam enim graviter dolore compulsus ambulare non potui, cum adductus ad domum S. Mariae fui, hanc traditionem per manus amicorum vel proximorum meorum perfeci, ita ut mea petitione E. H. M. ipsam traditionem super altare S. Mariae posuerunt vel etiam mea jussione cum legitimis testibus confirmaverunt. — I. Nro. 308. a. 815: valida infirmitate depressus vocavi ad me proximos

durch sonstige dringende Abhaltungen verhindert war, selbst die Auflassung vorzunehmen [8]), sich über alle Bedenken hinweggesetzt und auch die Auflassung des bloßen Stellvertreters für ausreichend angesehen zu haben, falls nur der Auftrag in feierlicher und unzweifelhafter Weise ertheilt war und der Stellvertreter sich durch ein Zeichen (wadium) darüber ausweisen konnte. [9])

§. 4. Bisweilen fanden Vermittlungen durch Salmannen auch dann statt, wenn Veräußerer und Erwerber in demselben Gericht gleichzeitig anwesend waren; so Dronke C. D. Fuld. Nro. 654 a. 910, wo der Erzbischof von Mainz Güter dem Kloster von Fulda schenken will und, trotzdem beide Parteien vor dem Könige erschienen sind, die Grundstücke zunächst zwei Grafen aufläßt, welche sie dann dem Kloster unter Königsbann übertragen sollen. Oder es schloß sich sofort an die erste Auflassung die zweite durch den Salmann an. [10]) Warum diese Weitläufigkeiten, warum übertrug der Veräußerer die Güter nicht selbst

---

et vicinos meos .... (8 Namen) et in manus illorum totam ... rem meam per wadium posui, quam ego ante dispositum vel cogitatum habui. Hoc autem cum eis firmiter condixi et in illorum potestatem indubitantes constitui. — Vergl. auch die Lübecker Urkunde vom Jahre 1309 bei Pauli Abhandlungen aus dem lübecker Recht III. S. 313.

[8]) Meichelbeck I. Nro. 463: fecit legitimum missum .... cum wadio suo, dedit illi potestatem ... ad casa S. Mariae firmare pro remedio animae ejus, et sic ipse perfecit, cum wadio suo tradidit in altare, ut inconvulsum maneret. — Seibertz Urkunden-Buch I. Nro. 259. a. 1249, der Graf von Arnsberg schenkt einem Kloster einen Hof, Thanquardo milite de h. pro nobis id agente, quia personaliter nequivimus. — Auch sagt das System. Schöffenrecht IV. 2. 85, daß ein gerichtliches Mandat zur Auflastung eines Grundstücks ertheilt werden kann; doch möchte ich mich auf diese Stelle weniger berufen, weil hier vorausgesetzt wird, daß der Erwerber die Sache Jahr und Tag hindurch besessen hat und durch die rechte Gewere geschützt ist; es ergiebt sich nicht aus dieser Breslauer Rechtsquelle, ob auch dasselbe der Fall sein würde, wenn bald nach der Auflassung Jemand dieselbe darum anfechten wollte, weil sie nicht vom Eigenthümer, sondern einem bloßen Mandatar vorgenommen ist.

[9]) Auch Pauli Abhandlungen aus dem Lübischen Recht III. S. 313 ff., welcher im Allgemeinen Beseler zustimmt, meint doch, daß nicht überall die Auflassung erfordert wurde, sondern auch ein feierliches Mandat genügt habe.

[10]) Dies werden wir z. B. annehmen können bei Dronke Nr. 220, 221; der Umstand, daß in beiden Urkunden genau dieselben Zeugen angeführt werden, ist Beweis dafür.

gleich auf den Bedachten, welchen Vortheil gewährte das Dazwischentreten des Salmann?

Einem Motive kommen wir näher, wenn wir auf Urkunden achten, wie z. B. Beyer niederrh. Urk. B. II. Nro. 41 (intra 1137—1143), wo der Ministeriale Volmarus ein Allod einer Kirche schenkt, dasselbe zunächst seinen Familiengenossen übergiebt und dann mit ihnen zusammen der Kirche aufläßt: Hec autem sunt nomina eorum, qui hoc idem allodium in fide sua susceperant et sua manu cum Volmaro et uxore sua ecclesie S. delegaverunt ... hi omnes cognati Volmari, de qua manu cepit Adolfus advocatus de Berge custodiendum atque defensandum. Hier sind die Salmannen Familienmitglieder des Veräußernden; indem sie das Gut mit ihm zusammen übertragen, legen sie deutlich ihre Einwilligung zu der Veräußerung an den Tag; ganz ebenso wie wenn eine Uebertragung mit gesammter Hand stattgefunden hätte.

Die Berechtigung der nächsten Erben eine ohne ihre Genehmigung erfolgte Veräußerung zu widerrufen gab aber auch noch in einer andern Richtung ein Motiv ab, Salmannen hinzuzuziehen. Auch bei der Auflassung an einen Salmann war die Genehmigung der nächsten Erben erforderlich, da sie nur das Vorspiel der Veräußerung an eine dritte Person war.[11]) Es war unzweifelhaft sowohl für den Veräußerer als den Erwerber ein Vortheil, wenn dieser Consens bei der Uebertragung an den Salmann einmal beschafft war; dann war er bei der folgenden Veräußerung nicht mehr erforderlich. Und hatten die nächsten Erben einmal das Gut Jahr und Tag hindurch unangefochten in den Händen des Salmann gelassen, so konnten sie ferner weder gegen ihn noch gegen den spätern Erwerber ihr Revokationsrecht geltend machen: ihr Widerspruchsrecht war überhaupt zerstört.[12])

Dagegen macht Albrecht S. 253 Opposition: das Revo-

---

[11]) Vergl. Dronke C. D. Fuld. Nro. 696, Monum. B. XXVIII. b. p. 81 (11. Jahrh.) und außerdem Beseler S. 267. N. 6.

[12]) Heumann p. 317 führt eine Urkunde an: Henricus de Mulvingen praedium suum in liberas manus Henrici comitis de R. in proprietatem tradidit et .. idem Henricus noster advocatus idem praedium in sua annum et diem continuit potestate et postmodum s. Nicolao ad servitium fratrum absque ulla delegavit contradictione.

kationsrecht der nächsten Erben sei nicht zerstört; der Salmann erwerbe nie eine rechte Gewere, weil er binnen Jahr und Tag seine durch Auflassung entstandene Gewere weder durch faktischen Besitz noch durch den Genuß einer Rente ausübe. Doch läßt sich gegen diese Argumentation einwenden, daß bei der Unsicherheit und Bestrittenheit der Grundsätze über die Gewere es bedenklich ist, mit diesem Begriff selbstständig zu operiren und aus ihm heraus Schlüsse zu ziehen, wo die Quellen keine entschiedene Veranlaßung dazu geben. Die Quellen sprechen nicht bloß von keiner rechten, sondern überhaupt von keiner Gewere des Salmanns. Albrecht S. 232, 245 f. nimmt eine solche an,[13]) und zwar besonders aus dem Grunde, weil sein Recht durch Auflassung entsteht; doch dürfte es heutzutage wohl ziemlich allgemein zugegeben werden, daß nach älterem deutschen Recht nicht in jedem Falle der Auflassung eine Gewere entstand.

Es fehlt aber überhaupt in den mittelalterlichen Quellen an Andeutungen darüber, wie man sich die Berechtigung des Salmanns das Gut zu veräußern und zu vertreten dachte. So wie man die Auflassung theils allgemein, theils auch speciell die an den Salmann als Sala bezeichnete,[14]) so nannte man auch das durch die Auflassung entstandene Recht sowohl im allgemeinen,[15])

[13]) Auf die Erfurter Statuten 39 (Walch I. S. 116) kann er sich nicht berufen; denn hier heißt es, der Veräußerer sitze in der Gewere und der Salmann habe ganze gewalt damit zu thun. — Aus dem Magdb. Schöffenurth. bei Böhme S. 133 (jetzt auch in Wasserschleben's Rechtsquellen I. S. 101. c. 178) vermag ich auch keine Schlüsse zu ziehen, weil der Fall nicht genügend specialisirt ist; vergl. über dies Urtheil auch Beseler I. S. 279. — Unklar äußert sich über die Frage nach der Gewere Brackenhöft in d. Zeitschrift für d. R. VIII. S. 37.

[14]) z. B. Mon. B. XX. 201. a. 1200: Tradidit ad altare predium suum, quod postmodo confirmatione, que vulgo sale nuncupatur, in manum B... delegavit.

[15]) Lacomblet I. Nro. 470. a. 1179. Der Abt von B. hat Güter von den Ministerialen des Herzogs von Limburg erworben: preterea usucapium possessionis hijus, quod theutonica exprimitur lingua Sala, quod ipsi quidem quia liberi non erant, verum ministeriales ducis H. de Limbuch, usucapere a prefato libero et nobili viro nequibant, immo dominus eorum in usus ipsorum susceperat, so kauft der Abt das Recht dem Herzoge ab, ut ecclesia nostra ex integro possideret. — I. Nro. 428 a. 1168: tutelam et advocatiam, que vulgo sale dicitur, vice ecclesie .... suscepit. — I. Nro. 554: allodiorum proprietatem, que vulgo Sale

als auch wenn es sich um den Salmann handelte, Sala.[16]) Die Sala giebt diesem keine selbstständigen Befugnisse und keine Herrschaft über das Gut; sie beschränkt sich auf sein Recht und seine Pflicht den Weisungen des Veräußerers gemäß die Auflassung zu vollziehen.

Wenn wir also gerechtes Bedenken tragen, dem Salmann die Gewere oder nach Jahr und Tag die rechte Gewere zuzuschreiben, so folgt daraus doch nicht das Mindeste für das Widerspruchsrecht der nächsten Erben. Ihr Recht oder Nicht-Recht ist nicht abhängig von der rechten Gewere des Besitzers, sondern diese ist vielmehr eine Folge davon, daß ihr Widerspruch unmöglich geworden ist. So möchte ich daher annehmen, daß auch bei der Auflassung an den Salmann ganz ebenso wie bei jeder andern Auflassung die Erben Widerspruch erheben konnten, daß aber auch hier dies Recht zerstört wurde, wenn sie von ihm nicht innerhalb Jahr und Tag Gebrauch gemacht hatten. Will man dem Salmann eine Gewere zuschreiben — wozu, wie bemerkt, die Quellen keine Veranlassung gewähren —, so wird man auch folgern müssen, daß sie in Jahr und Tag zur rechten Gewere wurde.

So war denn der Erwerber des Guts gegen den spätern Widerspruch der Erben sicher gestellt, wenn die Sache durch die Hand des Salmanns hindurch gegangen und zwischen den beiden Auflassungen eine längere Frist verstrichen war oder die Erben schon bei der ersten Auflassung ihre Genehmigung ertheilt hatten.

---

dicitur. — I. Nro. 558 a. 1197. H... suscepit illud, quod vulgo dicitur Sale. — II. Nro. 100. a. 1223: allodium nostrum .. cenobio .... jure proprietatis perpetuo obtulimus possidendum, jus nostrum, quod Sala dicitur ... tam cespitis quam rami viridi exhibitione conferendo. — Stellen aus baierischen Rechtsquellen bei Merkel S. 152. Nro. 158, 159.

[16]) Guden cod. dipl. I. p. 60. a. 1123 (Beseler S. 286): jus et potestatem, quam ipse habebat de dando et contradendo cenobio, quod vulgariter sale vocant, cidem ... dedit, fidei sue committens, ut u. s. w. Mon. B. XXIX. b. p. 281. a. 1209: hubas in manus nostras tradidit sive tradi mandavit quodam jure speciali ac consuetudinario, quod Sale vulgariter appellatur. — Heumann p. 302. a. 1217: eodem loco salam ipsam de manu praedictorum tollentes in manu P. de M. deposuerunt. — Mon. B. XXVIII. b. p. 322. a. 1227: Licet ... liberum tunc habuissent arbitrium eandem Sal conferendi, cui velleut, visum tamen quam pluribus est consultius, quod idem jus quod Sale dicitur, in manus meas redderent.

Und ganz dasselbe wie von den Erben, gilt auch von andern Personen, welche ein Widerspruchsrecht gegen die Veräußerung gehabt hatten. [17])

Aber es gaben auch andere Umstände die Veranlassung zur Zuziehung eines Salmann, worauf wir später bei Betrachtung anderer Fälle zurückkommen werden.

§. 5. In den bisher von uns behandelten Fällen übertrug der Eigenthümer das Gut zunächst dem Salmann und dann dieser dem Erwerber. Aber auch das umgekehrte kommt vor: der Eigenthümer hat bereits die Sache dem Bedachten übertragen und es folgt noch eine neue Auflassung durch einen Salmann. Es ist bekannt, daß Auflassungen desselben Guts an dieselbe Person im Mittelalter vielfach wiederholt worden sind; die Wiederholung durch den Salmann muß also noch besondere Vortheile gewährt haben. Wir führen hier zunächst einige Beispiele für dieses Verfahren an:

> Böhmer C. D. Moenofr. I. p. 21. a. 1211: der Erzbischof von Mainz schreibt in Betreff einer von E. an eine Kirche vollzogenen Schenkung: Hanc autem donationem primo super pontem in Huselenstam factam, secundo in generali placito apud Haselbach a comprovincialibus habito renovarunt. Postmodum vero supradictus E. coram nobis Moguntie constitutus, volens donacionem praemissam sufficienti cautela et munimine roborare, memoratum allodium in

---

[17]) Darauf deutet auch das bekannte Baierische Weisthum vom Jahre 1442 (bei Zepernick S. 85, und nach einem etwas abweichenden Text bei Beseler S. 274 f.); wenn es auch in mancher Beziehung nicht recht verständlich ist (vergl. Zepernick S. 85 ff, Albrecht S. 251 f. Beseler S. 273 f.), so enthält es doch eine bestimmte Andeutung in dieser Beziehung: „Aber Salmanische [Lehen] Aigen sey ain solch Guett, das besser sey, dan anders Freis Aigen, wan man habs von je und je gesaalt von einem pauren, der dan Salmann gewesen seye, als zu ainer Bestättung der gewehreschaft, und wan ainer ain Salmanisch Aigen in der gewehr ge[illegible]b jahr und Tag, so hab er sein gewehr durch sessen." — Daß Beseler's S. 275 Nro. 19 gegen Albrecht S. 252 gerichtete Bemerkung, unter dem Bauern sei kein rusticus, sondern ganz allgemein jeder Landsasse zu verstehen, nicht richtig ist, dürfte sich aus den Mittheilungen bei Zepernick S. 87 ff. ergeben; freilich bleibt es noch immer räthselhaft, warum gerade Bauern diese Thätigkeit zugeschrieben wird.

manus nostras resignans, postulavit, illud antedicte ecclesie.. per manum nostram conferri, quod nos juxta postulacionem ipsius, cum ad ecclesiam ipsam postmodum personaliter venissemus, duximus faciendum.

Meichelbeck II. p. 29. a. 1245: unam curiam ... cum jure plenissimo transtuli ad dominium .. ecclesie .., ita quod per manum mediatoris, qui vulgo dicitur Salman, earundem possessionem stabilire debeam ..... traditionem.

Daß dies dann geschah, wenn der Eigenthümer für sein Grundstück überhaupt ganz im allgemeinen einen Salmann bestellt hatte — wir werden davon noch später handeln — ist leicht erklärlich; da dieser zum Zweck von Auflassungen ernannt war, wurde seine Mitwirkung natürlich im konkreten Falle zur Rechtsbeständigkeit der Veräußerung erfordert (vgl. auch Beseler S. 268); z. B.

Mon. Boica XXVIII. b. p. 272. a. 1207: der Pfalzgraf von Baiern läßt der Kirche von Passau ein Grundstück auf: quam etiam donationem per manum Lodowici ... Ducis Bawarie, qui et ejusdem proprietatis est Salmannus, ipse palatinus Pataviensi ecclesie tenetur certissime roborare.

Darum verlangte man in Gegenden, in denen es durchaus Gebrauch war, Salmannen zu solchen Geschäften zuzuziehen, von dem Veräußerer, falls er allein handeln wollte, eine bestimmte Erklärung darüber, daß er keinen Salmann habe, d. h. daß er nicht durch Ernennung eines solchen seinem Veräußerungsrecht Schranken gesetzt habe.[18]) Aber auch wo vorher noch kein Salmann ernannt war, wurde die Zuziehung desselben bisweilen zugesichert, z. B. Mon. Boica XXVIII. b. p. 147. a. 1226. — Mon. Boica III. p. 355 ff. a. 1296 heißt es am Schluß einer Auflassungsurkunde: Ich sol auch den genanten Herren zu einen Salmanne gewen den Herren von Paumgarten, ob der nicht wer, so solt ich in die Salung mit einem anderm frigen Herren geben; worauf denn auch der Herr von Pawengarten,

[18]) z. B. Mon. Boica IV. p. 441. a. 1233: nec habet nec unquam habuit advocatum, sed est, ut vulgariter dici solet, liberum predium a liberis manibus derivatum, non habens Salmanum, non Domini Ducis, nec alicujus alterius juri est addictum; vergl. auch Beseler S. 272.

der der Salmann des Guts ist, dem erwerbenden Stift eine Urkunde ausstellt, damit der Akt der Uebertragung unwiderruflich sei. — Besonders lehrreich ist:

> Mon. Boica XXVIII. b. p. 322. a. 1227: Conrad Graf von Wasserburg und seine Gemahlin haben der Passauer Kirche ein Grundstück geschenkt. Pfalzgraf Rapot von Baiern erklärt von ihnen aufgefordert zu sein, diese Schenkung zu bestätigen: per manum meam, praesertim cum et hujus proprietatis Salmannus fuerim, ... sub distinctione illius juris, quod vulgo Salmannesrecht disitur. Der Graf habe das Gut per manum mei Salamanni (durch meine Hand, der ich sein Salmann bin,) seiner Gemahlin übertragen eo jure, quod vulgariter Sal dicitur, a me accepto. Licet ipse comes et ejus uxor liberum tunc habuissent arbitrium eandem Sal conferendi, cui vellent, visum tamen quam pluribus consultius, quod idem jus quod Sal dicitur in manus meas redderent, et sic secundario per manus mei iterum Salamanni .. ecclesie conferrent.

Der Fall ist folgender: Der Graf von Wasserburg, welcher ein Grundstück an die Passauer Kirche zu schenken beabsichtigte, hatte den Pfalzgrafen von Baiern zum Salmann des Guts; um auch seine Gemahlin als in diese Schenkung einwilligend darzustellen, läßt der Graf das Gut zunächst ihr durch den Salmann übertragen, wodurch dessen Recht sein Ende erreicht. Dann lassen der Graf und seine Gemahlin das Grundstück der Kirche auf, beabsichtigen aber diesen Erwerb ihr noch durch Mitwirkung eines Salmann besonders zu bestätigen. Der Pfalzgraf konnte dies nicht ohne Weiteres sein, weil durch die einmal erfolgte Auflassung an die Gräfin sein Verhältniß zu dem Gute gelöst war; da es aber von Vortheil war einen mächtigen Herrn zum Salmann zu haben, wurde ihm die Sal noch einmal übertragen und tradirte er nun von neuem das Gut der Kirche.

Hier lernen wir ein neues Motiv für die Zuziehung der Salmannen kennen: indem man zu dem eigentlichen Veräußerer noch eine andere Person hinzufügte und die Zahl der Personen vermehrte, welche Gewährschaft zu leisten verpflichtet waren, suchte man das Rechtsgeschäft gegen künftige Anfechtungen sicher zu

stellen: sowohl der Veräußerer selbst,[19]) als auch der Salmann sollten den Erwerber in seinem Besitz schützen und gegen fremde Ansprüche vertheidigen.

Lacomblet I. Nro. 355 (zwischen 1138—1146): der Erzbischof von Köln bestätigt einen Tausch zwischen G. und einer Kirche: hanc autem traditionem (des G.) ipse manu mea suscepi ecclesie firmiter defendendam. Urkundenb. des Landes ob der Enns III. Nro. 44. a. 1236: Et ut libera ejusdem predii collacio nobis (der beschenkten Kirche) ... magis rata et stabilis in perpetuum permaneat, memorata domina procuravit ipsum predium per quendam virum liberum nomine S., in cujus manu delegacio talis predii fixa fuit, super altare ... nemine contradicente rite et legaliter delegari.

So wie bei Contraktsverhältnissen der Gläubiger größere Sicherheit erlangte, wenn sich mehrere Personen für den Schuldner verbürgten oder mit ihm gemeinschaftlich zu gesammter Hand verpflichteten, so wird durch die Vermittlung des Salmann zu dem eigentlichen Gewährsmann noch ein neuer hinzugewonnen.[20]) Und um so wirksamer war die Zuziehung des Salmann,

---

[19]) Daß der Veräußerer selbst auch noch zur Gewährschaft verpflichtet war, kann keinen Augenblick zweifelhaft sein. Auch sagt z. B. Meichelbeck II. p. 29. a. 1245 der Veräußerer, trotz der Vermittlung durch einen Salmann: si quis vero dictam ecclesiam de eisdem possessionibus impulsaverit, fide data ad hoc me obligavi, ut pro eisdem possessionibus, sicut auctor rei, qui vulgo gwer dicitur, respondere tuendo tenear justitia exigente.

[20]) Vergl. Albrecht S. 249, Beseler S. 261 f., Merkel S. 149 f.; anderer Ansicht, aber mit Unrecht Brackenhöft Zeitschrift für deutsch. R. VIII. S. 37. Nr. 42.

Mit Recht hebt Beseler S. 261 ff. hervor, daß mit den Salmannen die saleburgiones nicht zu verwechseln sind, wie dies Albrecht S. 249 zu thun scheint. Beyer Urkundenb. I. Nro. 206. a. 960: Auflassung per manum Irimberti, sub fidejussoribus quos vulgo saleburgiones vocamus; Nro. 210 a. 962, Nro. 245 a. 975, Nro. 268 a. 993, Nro. 272 intra a. 993—996, Nro. 273 a. 990. — In der zweiten Urkunde (Nro. 210) scheinen die Salbürgen zugleich Salmannen zu sein, da es hier heißt, die Auflassung sei erfolgt per fidejussores, quos vulgariter saleburgiones vocamus. — In den übrigen Urkunden weist nichts darauf hin, daß sie als Salmannen fungirten; vielmehr waren sie durch persönliches Versprechen

ein je mächtigerer Herr er war, der schon durch sein Ansehen im Stande war, chikanöse Personen von ungerechtfertigten Ansprüchen zurückzuschrecken. [21])

Ueber das Bedenken, daß ein Eigenthümer, welcher sein Gut dem Erwerber bereits übertragen hat, an den Salmann kein Recht mehr veräußern konnte, also die nachfolgende Veräußerung eigentlich wesenlos war, setzte man sich ohne Weiteres hinweg. Ganz ebenso, wie häufig ein Veräußerer, der das Gut bereits durch Auflassung dem Andern übertragen hat, diesen Akt selbst noch einmal oder gar mehrmals vornahm, obgleich er gar kein Recht mehr besaß, ließ man hier noch die Auflassung durch den Salmann nachfolgen.

§. 6. Außer bei gewöhnlichen Auflassungen bediente man sich der Salmannen auch bei solchen, welche den ersten Akt einer feudi oblatio enthielten. Es ist bekannt, daß die Rechtsbücher vorschreiben, es solle, damit der neue Vasall dem neuen Lehnsherrn nicht sein Recht am Gut bestreiten könne, zwischen Auflassung und Belehnung der Zeitraum von Jahr und Tag liegen; denn dann sei der Lehnsherr nicht genöthigt bei einem Streit mit seinem Vasallen sich auf diesen selbst als Gewährsmann zu berufen, sondern könne wegen der rechten Gewere durch einfachen Eid sein Recht erhärten. Es ist aber auch ebenso bekannt, daß diese Vorschrift im Leben oft nicht beobachtet wurde. [22]) Um nun den Erwerber des Grundstücks, den neuen Lehnsherrn in Fällen, in welchen er die Belehnung schon vor Ablauf von Jahr und Tag vorgenommen hatte, gegen böswillige Angriffe des Vasallen zu schützen, konnte die Vermittlung durch einen Salmann helfen. Der Eigenthümer O, welcher von P das Gut nach einer Lehnsauftragung als Vasall besitzen will, läßt dasselbe einem X und dieser dem P auf, worauf O von P belehnt wird. Ein solcher Fall liegt bei Meichel-

gebundene Bürgen, welche Gewährschaft leisten, für die disbrigatio einstehen wollten. Saleburgio ist der, wie es scheint, nur in den angeführten fränkischen Urkunden vorkommende Ausdruck für einen Bürgen, der Jahr und Tag den ruhigen Besitz dem Erwerber garantirt; solche Bürgschaften waren auch in andern Gegenden sehr gebräuchlich, ohne daß man einen bestimmten Namen dafür hatte.

[21]) Dronke C. D. Fuld. Nro. 675. a. 929 und die bei Beseler S. 272 und Merkel S. 150 f. angeführten Urkunden.

[22]) Vergl. meinen Aufsatz über Gewere S. 472, 474 f.

beck II. Nro. 73 a. 1260 vor: hier wird als Motiv angegeben, ne ... O vel sui haeredes super praemissis quicquam possint, si vellent imposterum revocare. Sollte es innerhalb Jahr und Tag zwischen dem früheren und dem jetzigen Eigenthümer, d. h. zwischen dem Vasallen und dem Lehnsherrn zu einem Streit kommen, so befand sich der letztere nicht in der übeln Lage, sich auf seinen Gegner als Gewährsmann ziehen zu müssen, sondern konnte sich durch den Salmann vertreten lassen.

Endlich mache ich noch auf einige vereinzelte Fälle einer derartigen salmännischen Uebertragung aufmerksam: ein Grundstück wird Jemandem unter einer Suspensivbedingung übertragen; bis es sich entscheidet, ob die Bedingung eintritt oder nicht, wird das Gut einem Salmann übergeben:

> Meichelbeck I. Nr. 1355. p. 564 a. 1158: Dux C ... a Domino A. Episcopo talenta LX accommodavit, et ille praedia sua .... in manus Heinrici comitis de P. delegavit ... eo tenore, si ipse praedictam pecuniam in Assumptione S. Mariae .... Episcopo non reddat, Heinricus comes de P. praefata praedia super aram S. Mariae deleget; vergl. auch Mon. Zoller. II. Nro. 343 a. 1290.

Oder der Käufer soll erst nach völliger Bezahlung des Kaufpreises das Eigenthum des Guts erwerben; bis dahin wird es einem Salmann übergeben, um, wenn die Bezahlung ausbleibt, es dem Verkäufer zu restituiren (Urk. a. 1247 bei Seibertz Westphäl. Urk. Buch I. Nro. 248). Oder es wird auch das verpfändete Grundstück für die Zeit der Verpfändung einem Andern zur getreuen Hand übergeben†) u. s. w. Ja selbst, wo es sich um die Uebergabe von Personen zur Begründung eines Familienverhältnisses handelte, bediente man sich solcher Zwischenpersonen, wenn noch von der einen Seite bestimmte Leistungen zu erfüllen waren: der Burggraf von Nürnberg hatte im Jahre 1255 seine Tochter einem Grafen von Burgund verlobt, und übergiebt dieselbe zwei Herrn von Geroldseck (Monum. Zollerana II. Nro. 67):

> commisimus con servandam; ita quod, si prefatus

†) Beispiele bei v. Meibom Pfandrecht S. 361. N. 313; ferner auch z. B. Höfer deutsche Urkunden II. Nro. 178. a. 1335, Nro. 190. a. 1336.

Johannes comes Burgundie .. de 1500 marchis argenti usque ad festum omnium sanctorum proxime nunc venturum nobis . . . financiam fecerit, et de mille marchis . . . securitatem et cautionem impenderit, extunc B. et G. (die Herrn von Geroldseck) . . . prefato Johanni laude et assensu nostro filiam nostram tradent et deliberabunt prelibatam.

Wir haben bisher fast nur baierische und fränkische Urkunden angeführt und es scheint auch, daß man fast nur in Baiern und Franken bei Rechtsgeschäften, die bei Lebzeiten der Contrahenten perfekt werden sollten, sich der salmännischen Vermittlung bediente; selbst Könige zogen hier bei ihren Veräußerungen Salmannen zu. *) Allgemeiner verbreitet war diese Vermittlung bei Vergabungen von Todes wegen.

§. 7. II. Die Auflassung an den Salmann hat den Zweck, daß er das Gut beim Tode des Eigenthümers einer bestimmten Person übertrage (Vergabung von Todes wegen).

Wenn es auch im Allgemeinen nach älterm Recht keine letztwilligen Verfügungen gab, welche für die Erben rechtsverbindliche Kraft gehabt hätten, so konnte doch der Erblasser bestimmte Personen beauftragen, einzelne Handlungen nach seinem Tode vorzunehmen, [23]) und für die Durchführung seines letzten Willens durch die Bestellung von Salmannen Sorge tragen.

Statt durch eine einfache Vergabung von Todes wegen das Gut unmittelbar an den Bedachten aufzulassen und sich selbst den lebenslänglichen Genuß vorzubehalten, tradirte der Eigenthümer das Gut einem Salmann und bestimmte im Zusammenhange mit dieser Auflassung, was nach seinem Tode mit dem Gut geschehen solle; für sein Leben behielt er sich den Genuß vor. Die Pflicht des Salmanns bestimmte sich durchaus nach dem Auftrage, welchen er im Gericht oder vor Zeugen erhalten hatte, und wenn die Rechtsbücher in einzelnen Anwendungen den Satz aussprechen, daß die einer Auflassung zugefügten Bedingungen und Ein-

*) z. B. König Heinrich V, Mon. Boica XXIX a. p. 231. a. 1112.

[23]) Meichelbeck I. Nro. 378. a. 818: ein Priester hatte seine Güter einem Kloster geschenkt. Jam vero adpropinquante fine vite ejus convocat turma parentorum atque propinquorum ipsius, inter quos etiam aderat A. frater ejus, coram cunstis consilium ejus innotuit, daß das Kloster die Güter seinem Neffen als beneficium leihen möge: hoc quoque

schränkungen nur unter den Parteien selbst gelten und nach dem Tode einer der beiden Parteien hinfällig werden,[24]) so trifft dieser Satz wenigstens für unsern Fall nicht zu.

Nach dem Tode des Eigenthümers erschien der Salmann vor Gericht, berief sich auf seinen Auftrag, bewies ihn durch Zeugen, wenn er bezweifelt wurde, und nahm die betreffende Auflassung vor. In alter Zeit war die Sitte verbreitet, daß er gewissermaßen zum Zeugen für die Rechtmäßigkeit seiner Handlung und die gewissenhafte Ausführung des letzten Willens die Leiche vor Gericht brachte und in ihrer Anwesenheit den Akt vollzog.[25]) Gewöhnlicher war es, daß der Vergabende der Mittelsperson ein Wahrzeichen (wadium) übergab, welches sie als seinen Mandatar legitimirte und bei der zweiten Auflassung vorgezeigt, resp. wieder übergeben wurde.[26])

Vergabungen von Todes wegen mit Zuziehung eines Salmanns waren außerordentlich häufig;[27]) die älteste Nachricht

---

ita condictum ipsam rem in manus A. fratris sui haec omnia ad perficiendum posuit. Es ist für uns gleichgültig, ob das Kloster verpflichtet war, diese Disposition zu erfüllen; von Wichtigkeit ist, daß der Erblasser überhaupt einen derartigen Willen ausspricht und mit seiner Durchführung eine Person beauftragt.

[24]) Homeyer Sachsensp. II. 2. S. 343 f, Stobbe in Bekkers und Muther's Jahrbuch V. S. 334 f.

[25]) Meichelbeck I. Nro. 698: P.... quandam traditionem fecit ....; hoc totum et integrum in manus Ratoldi Comitis et Kepolfi Comitis dabat ipsam traditionem peragere in altare S. Mariae ad Frisingas .... Ipse vero Ratolt Comes et Kepolf cum funere corporis sui venerunt ad Frisingas supradictis verbis ipsam traditionem perfecerunt. — Ein anderes Beispiel aus dem 11. Jahrhundert findet sich bei Heumann p. 301: Cujus donationem eleemosynae fratres ipsius Sewinus Clericus et Albericus benigne annuentes feretro impositum corpus ejus deducentes ad monasterium firmiter stabilierunt et ad altare vice ipsius sancto et fratribus delegaverunt.

[26]) z. B. Meichelbeck I. Nro. 59: per manus nepotis sui T.... tradidit et filiorum ejus firmavit et potestatem illis et wadium dedit hanc traditionem agere et firmiter firmare. — I. 308, 366, 412, 463. — Worin ein solches wadium bestand, wird leider nirgends gesagt; wahrscheinlich war es eine festuca; vergl. Sohm in der Zeitschrift für Rechtsgesch. V. S. 430. Nro. 12.

[27]) Außer der im Eingange angeführten Literatur vergl. noch die Citate bei Duncker Gesammteigenthum S. 47 N. 1 und Pauli Abhandlungen III. S. 310 ff.

findet sich in Markulf I. 13: hier läßt der Schenker das Gut dem Könige auf, behält sich den lebenslänglichen Genuß vor und beauftragt den König nach seinem Tode das Gut einer bestimmten Person zu übertragen. In diesem Falle geht auf den König das Eigenthum über und erhält der frühere Eigenthümer das Gut nur sub usu beneficio; später war es dagegen gewöhnlich, auf den Salmann nicht das Eigenthum, sondern nur die Legitimation zu der dem letzten Willen gemäßen Disposition zu übertragen.

§. 8. Die Gewährschaftspflicht des Salmann war bei seiner Zuziehung nicht das einzige oder hauptsächlichste Motiv, sondern es wollte sich der Vergabende auf diesem Wege die Widerruflichkeit seiner Disposition vorbehalten. Hätte er das Gut sofort dem Bedachten aufgelassen, so hätte er ein solches Rechtsgeschäft inter vivos nicht später widerrufen können; indem er aber die Auflassung an den Salmann vornahm, konnte er sein Leben lang den Auftrag wieder zurücknehmen, so daß die durch einen Salmann vermittelte Vergabung den Charakter einer einseitigen letzten Willensordnung erhielt, welche ebenso wie ein Testament widerruflich war.

Daher beauftragte der Vergabende öfter den Salmann nicht einfach, das Gut bei seinem Tode einer Kirche oder wem sonst aufzulassen, sondern stellte besondere Bedingungen auf, z. B. daß es nur geschehen solle, wenn er selbst ohne Erben sterben sollte, z. B. [28]) Meichelbeck I. Nr. 1169:

> tradiderunt .... in manus ... U ... et A. eo scilicet rationis tenore, ut .... in potestatem G. et fratrum ejus ... traderent ea ratione, ut si ipse M. (einer der Eigenthümer) infra legitimas nuptias obierit, ipsi fratres firmiter possideant; sin vero ad legitimas usque nuptias pervenerit, ipse et sui posteri sibi retineant.

Der Vergabende tritt eine gefahrvolle Reise an, unternimmt eine Wallfahrt, zieht mit dem Heere aus u. s. w.; er macht eine Vergabung von Todes wegen unter Zuziehung eines Salmann; aber es soll dieselbe nur gelten, wenn er unterwegs stirbt; kehrt er zurück, so will er sein Gut noch weiter besitzen und nach völlig freiem Belieben darüber disponiren; z. B. Beyer Urkunden-

---

[28]) Vergl. auch Mon. Boica VII. p. 61 (bei Duncker Gesammteigenthum S. 48), XXVIII b. p. 104.

Buch I. Nr. 53a. 821: Folkwin theilt dem Könige Ludwig mit, er habe, als er sich an dem Feldzuge gegen die Slaven betheiligen mußte, sein Eigenthum

teuthardum quondam cartolarium tradidit, ea videlicet condicione ut si ... de illo itinere reverteretur, easdem res suas illi redderet, et si vitam praesentem in illo exercitu amitteret, pro ejus anima jam dictas res daret, u. s. w.[29])

Oder auch der Vergabende war krank; die Zeit drängte; es war nicht möglich denjenigen, welchem er sein Vermögen übertragen wollte, zur Stelle zu schaffen und an ihn eine förmliche Auflassung vorzunehmen.[30]) Er läßt daher das Gut einem Salmann auf und giebt ihm den Auftrag, nach seinem Tode in einer bestimmten Weise mit dem Gut zu verfahren; z. B.

Meichelbeck I. Nr. 4. H. ad ultimo deductus schenkt sein Vermögen per manus sacerdotis Claudii seu et germani mei Cavonis an eine Kirche.

I. Nr. 300: traditionem .... in manus proximorum suorum posuit eo modo, si ipse ea egritudine obisset, ut vice illius jam dictam traditionem perfecissent.[31])

In manchen solcher Fälle mag keine förmliche Auflastung, sondern nur ein feierliches auf die Seele binden stattgefunden haben; wenn auch beides begrifflich und juristisch zu sondern ist, so wird es doch in den Quellen nicht immer strenge auseinander gehalten.[32])

Auch wollte bisweilen der Eigenthümer noch keine ganz bestimmte Verfügung treffen, sondern gab dem Salmann ein gewisses Maß von Dispositionsfreiheit, innerhalb dessen er nach seinem Tode seinen Willen zur Ausführung bringen sollte. Er

---

[29]) Mon. B. XXIX b. p. 255 (Kraut §. 175. Nro. 14): E ... iturus iherosolimam pro memoria anime sue .... delegavit in manus H ... predia sua ... ea conditione, quod si ipse reversus non fuerit de via iherosolimitana predia delegentur a H. S. Stephano in usus fratrum ibi deo servientium. — Vergl. auch Duncker S. 47. Nro. 1.

[30]) Wir haben bereits oben N. 7 ff gezeigt, daß dies auch in andern Fällen, als bei Vergabungen von Todes wegen öfter der Grund war, Salmannen zuzuziehen.

[31]) Andere Beispiele oben N. 7 und bei Merkel S. 147. N. 138.

[32]) Vergl. auch Beseler S. 281.

will eine fromme Stiftung machen und läßt dem Salmann das Gut auf; dieser soll später eine Kirche oder ein Kloster auswählen, welchem das Gut zuzuwenden sei, so z. B. Ludewig reliq. manuscr. IV. p. 27. Nr. 3. a. 1156:

> Ipse autem Dux (Leopold) . . cum . . . . in extremis suis jaceret . . . . tradidit beatissime Dei genitrici Marie in Zwetl predium, quod dicitur Chruempenau . . . . sicut ei ab Anshelmo patruo videlicet Hatmari fundatoris nostri primi datum fuerat. Qui videlicet Anselmus predictum predium Chruempenau ea causa Duci Austrie tradidit, ut quandoque abbatiam ibi construeret, aut post obitum suum pro remedio utrorumque animarum alicui claustro daret. Quod et Dux devote complevit u. s. w.

Hier will er sich dagegen sichern, daß nicht etwa, wenn er bei seinen Lebzeiten zu keinem festen Entschlusse hatte kommen können, die Stiftung ganz und gar unterbliebe. Oder er läßt das Gut dem Salmann auf, will aber selbst noch später bestimmen, an welches Stift es kommen soll;[33]) oder der Salmann soll wählen dürfen, ob er das Gut auflassen oder statt dessen dem Stift Geld zahlen will,[34]) u. s. w.[35])

Aber es kommen auch solche Fälle vor, daß der Vergabende das Gut unmittelbar an den Bedachten aufläßt und doch noch einen Salmann bestellt, damit dieser nach dem Tode noch einmal

---

[33]) Urk. a. 1192 (Beseler S. 267. N. 6): mansos . . . tradidit B et ejus fratri V. de E . . ., eos ipsorum fidei committens in hunc modum, ut juxta ejus arbitrium et mandatum simul cum ipso alicui ecclesiae, quam eis denominaret, ob remedium animae ipsius conferrent.

[34]) Urk. a. 857 (Dronke Nro. 572): ego Ch . . . . trado . . . s. Bonifatio martyri . . . de illa etiam heredisate, quam W. meae fidei tradendo commendavit, ut duorum electionem habere potuissem, ut aut inde loca sanctorum honorarem seu etiam id propria pecunia redimerem.

[35]) Zu derartigen Vergabungen gehört auch Dronke Nro. 601: 4 Brüder geben einem Salmann ein Gut, mit der Bestimmung, daß er beim Tode einer dritten Person ante trigesimum diem obitus sui dasselbe an ein Kloster auflassen solle. Die Urkunde ist von Interesse für den Gebrauch des Dreißigsten, worüber Homeyer so erschöpfend gehandelt hat. Auch kommt es vor, daß es dem Bedachten überlassen wird, den Zeitpunkt zu bestimmen, an welchem ihm der Salmann das Gut auflassen soll, z. B. Mon. Boica XXVIIIb. p. 81.

eine Auflassung vornimmt, und besonders dafür Sorge trägt, daß der Besitz ohne Störung auf den Bedachten übergeht.[36])

Dasselbe Resultat, wie durch eine solche Vergabung von Todes wegen konnte man auch durch eine von dem Salmann vermittelte Prekarie erreichen: der Salmann wurde angewiesen, das Gut sofort dem Bedachten aufzulassen, aber dem Schenkenden oder dem Gatten desselben oder auch andern Familiengliedern den lebenslänglichen Genuß, sei es umsonst, sei es mit einer Zinsverbindlichkeit in recognitionem vorzubehalten.[37])

Uebrigens war es dem Salmann erlaubt, statt selbst die Veräußerung vorzunehmen, sich seinerseits noch anderer Mittelspersonen zu bedienen.[38])

§. 9. So wie in den zuerst (§. 2 ff.) angeführten Fällen, wo durch den Salmann eine gewöhnliche Veräußerung vermittelt wird, der Veräußerer denselben durch das Gericht zur Vornahme der Handlung nöthigen konnte, so hatte auch, wenn der Salmann zum Zwecke einer Vergabung von Todes wegen zugezogen war, der Bedachte nach dem Tode des Vergabenden unzweifelhaft noch eine Klage auf Vollziehung der letztwilligen Disposition. Er stützte sich auf die bei der ersten Auflassung an den Salmann ausgesprochene Absicht des Verstorbenen, und durfte auch wo es an einer feierlichen Auflassung gefehlt hatte, unzweifelhaft durch Urkunden oder Zeugen den Beweis des Auftrags führen. Die Grundsätze, welche das Römische Recht über Unwirksamkeit der Verträge zu Gunsten Dritter aufgestellt hatte, waren dem deutschen Recht fremd; daher konnte der Bedachte die Ausführung des zwischen andern Personen zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrages durch Klage erzwingen.[39])

Auch suchte man dadurch die Erfüllung der Disposition zu sichern, daß man das Gut mehreren Salmannen auftrug und

---

[36]) Meichelbeck I. Nro. 366: ad domum S. Mariae tradidit ....; et hanc traditionem in manus per wadium Deotmari nepoti sui commendavit, quatenus in altarem b. Mariae constitueret vel etiam vestituram dimitteret et firmiter confirmaret. — I. Nro. 388: et sic in manus patruelis sui M. constituit, ut eo ipso die, quo obitus sui ad sciendum venisset, potestative domum S. Mariae vestiret (im Druck steht: vestitus).

[37]) Beispiele dafür sind Dronke Nro. 177, 274, 451, 517, 518.

[38]) Beyer Urkundenb. I. Nro. 102, 103; Merkel S. 151. N. 156.

[39]) Dronke Nro. 228, Meichelbeck I. Nro. 308. — Vergl. auch Beseler S. 282 f.

bestimmte, daß jeder einzelne für sich die Auflassung vornehmen dürfte: statim et aliis nescientibus .... et alii hoc factum pro rato ducerent.[40]) Ueber ihre Stellung, ob, wie in dem ebenangeführten Beispiel, jeder für sich oder sie alle zusammen zu der Auflassung berechtigt seien, — entschied lediglich der Wille des Vergabenden. In der Urkunde bei Dronke Nr. 228 wenigstens, wo 4 Salmannen bestellt waren, wird, nachdem drei ihrer Pflicht bereits nachgekommen waren, auch noch der vierte zur Vornahme der Handlung gezwungen.

Die Salmannschaft vererbte sich;[41]) waren die Erben des Salmann unmündig, so konnte ihr Vormund für sie eintreten; z. B. Urk. a. 1217 (Heumann. p. 302).

> contigerat, ut Albertus cognomento Luzmann, qui erat Salmannus, ante aliquot annos in bello occubuisset, et filii ipsius in annos constituti vices ejus implere non possent; unde post multam disputationem sententia principum in hoc consensit, ut proximus puerorum vices suppleret ipsorum.

Sein Ende erreichte das Verhältniß, wenn der Salmann den Aufträgen des Eigenthümers gemäß das Gut veräußert oder ihm selbst die Sala wieder zurück übertragen hatte;[42]) denn er hatte kein festes, selbstständiges Recht, sondern mußte, wenn der Eigenthümer es verlangte, auf seine Dispositionsberechtigung Verzicht leisten.[43])

---

[40]) Schannat tradit. Fuldenses Nro. 636; bei Dronke fehlt diese Urkunde.

[41]) Mon. Boica XXVIIIb. p. 76: einem Salmann war eine ancilla übergeben worden, um sie ihrem Willen gemäß frei zu lassen oder einem andern Herrn zu übertragen. Nach ihrem Wunsch giebt er sie in die Hand des Grafen R., ut ipse hujusmodi libertatis concessionem ad effectum perduceret. Da dieser stirbt, geht die Pflicht auf seinen Sohn über, welcher sie ihrer Wahl gemäß an eine Kirche überliefert. — Urk. bei Heumann p. 305: Graf Hartwich ist Salmann; Gerhardus comes filius praefati Hartwici patris hereditarius successor in civitate sua T. delegavit idem praedium u. s. w. — Ueber den scheinbaren Widerspruch der Erfurter Statuten vergl. Beseler S. 269 f.

[42]) Vergl. oben die Urkunden vom Jahre 1227 nach N. 18.

[43]) Eine leicht verständliche Ausnahme bietet die Urkunde bei Heumann p. 298 dar: Geraldus et uxor ejus Idiburga tradiderunt proprietatem suam .... in manum Grimoldi ea videlicet ratione, ut, si ambo deciderent, ad manus eorum reddatur, et quicunque illorum superstes

§. 10. III. Besonders in Baiern war es sehr gewöhnlich, daß Personen ohne die bereits vorhandene Absicht ihr Gut einer bestimmten Person zu veräußern oder zukünftig eine Vergabung von Todes wegen vorzunehmen, dasselbe doch an Salmannen übertrugen. Ohne Rücksicht auf deren Mitwirkung bei künftigen Veräußerungen hatten Grundeigenthümer ihre Salmannen, um das Gut durch sie vertreten zu lassen; nur war es natürlich, daß ihre Mitwirkung auch in Anspruch genommen wurde, wenn es zu einer Veräußerung kam.[44])

Diese allgemeine Stellung des Salmann trat besonders da hervor, wo bei einer Veräußerung das Gut nicht unmittelbar dem Bedachten, sondern dem Salmann desselben aufgelassen wurde, damit er es nach außen hin ebenso vertrete, wie ein Lehnsträger den Vasallen mit Rücksicht auf sein Lehn vertritt.[45]) Der Erwerber wollte durch Hinzuziehung eines Salmanns einen Ver-

vivendo alteri fuerit, ad manus ejus non reddatur u. s. w. Denn wenn hier zwei Gatten ein Gut einem Salmann übergeben, um nach ihrem Tode damit in bestimmter Weise zu verfahren, so kann nach dem Tode des Einen von ihnen der Andre den Auftrag nicht zurückziehen, weil durch den Tod des Einen das Geschäft unwiderruflich geworden und dem früheren gemeinsamen Willen gemäß auszuführen ist.

[44]) Mon. Boica VIII. p. 456. c. a. 1190: R... tradidit curiam unam ... ad Ecclesiam s. Dionisii S., quam prius in manus cujusdam H ... delegaverat, donec ipse aliquid inde disponeret, servandam; qui scilicet H. ad primam monitionem eandem curiam in manus cujusdam A... ut ipse prefate servaret ecclesie delegavit, et si aliquando Prepositus ejusdem loci quidquid inde disponere velit, ei consentiat. — Mon. B. XXVIIIb. p. 272: der Pfalzgraf von Baiern läßt ein Grundstück an die Kirche von Passau auf: quam etiam donationem per manum Lodowici .. Ducis Bawarie, qui et ejusdem proprietatis est Salmannus, ... ecclesie tenetur certissime roborare. — p. 322. a. 1227: der Pfalzgraf bestätigt eine Schenkung per manum meam, presertim cum et hujus proprietatis Salamannus fuerim, ... sub distinctione illius juris, quod vulgo Salmannes recht dicitur. Interessant ist auch Meichelbeck II. Nro. 32. a. 1256: ein Ehepaar läßt dem Stift Freising Güter auf: cum manibus Salmannorum, hier hat der Mann einen andern Salmann, als die Frau.

[45]) z. B. Urk. bei Heumann p. 305: praedium dedit idem comes F. Eberhardo de Sunzingen, delegans illud in manus Hartwici comitis de C., servandum per eundem Eberhardo (so ist zu lesen statt: Eberhardum) aut dandum, quomodo ipse vellet. — Später kauft eine Kirche das Gut von Eberhard: suscipientes delegationem ejus hoc modo. Gerhardus comes filius praefati Hartwici .... delegavit idem praedium in manus Wernheri de Gibestorf delegandum per eum ecclesie u. s. w. — Mon.

treter gewinnen, welcher die Rechtsverhältnisse des Guts in Obacht nehme; er wollte nicht sein Recht, aber doch seine Macht verstärken.[46])

Was eine des Schutzes überhaupt bedürftige Person durch einen Vormund oder Vogt für alle ihre Rechtsverhältnisse erzielte, suchte sie für den Grundbesitz durch den Salmann zu erreichen. Es heißen daher solche Salmannen auch bisweilen advocati, mundeburdi,[47]) wie umgekehrt auch die Vormünder bisweilen Salmannen genannt werden, weil sich ihre Vertretungspflicht nicht bloß auf die Person, sondern auch auf das Vermögen des Schutzbefohlenen bezog.[48]) Besonders Kirchen und Geistliche suchten ihren Besitz durch Wahl eines Salmann sicher zu stellen, welcher das Gut tamquam verus salman conservabit simul et defendet.[49])

Boica XXIXb. p. 281 a. 1209: Th. (ein Canonicus) ... hubas (die er so eben erworben hat) in manus nostras (des Bischofs) tradidit sive tradi mandavit quodam jure speciali ac consuetudinario, quod Sale vulgariter appellatur.

[46]) Freilich kommt es auch vor, daß der König ein Gut mit seinem Salmann erwirbt, Lacomblet I. Nro. 539. a. 1193: Heinrich VI. sagt von sich: castrum A., quod nos cum salemanno nostro ..... receperamus.

[47]) Urk. a. 1171 (Heumann p. 309): in manum .... Aegidii comitis de D., qui traditionis hujus advocatus et mundiburdus institutus est ... libere et absolute tradidimus; Urk. a. 1168 (Lacomblet I. Nro. 428): tutelam et advocatiam (über ein der Kirche aufgelassenes Gut), que vulgo sale dicitur, vice ecclesie ad majus munimentum suscepit. Einen gleichen Schutz suchte man auch durch eine Scheinverpfändung zu erreichen. Z. B. Mon. Zoller. II. Nro. 341 a. 1290: die Gebrüder von Ottensoos verpfänden ihre Güter dem Burggrafen Conrad v. Nürnberg für 100 Pfund Heller causa tuicionis et defensionis; nach dem Tode des Burggrafen ipsa bona ... ad proprietatem predictorum fratrum vel heredum suorum seu successorum, redeant libere et solute, contradiccione heredum nostrorum de hoc minime repugnante; hoc etiam in pactum deducto, quod iidem fratres, non obstante predicta obligatione, bona prenominata vendendi et transferendi vel alias alienandi .... habebunt liberam facultatem, cum causa tuicionis tantum facta sit obligacio prenotata.

[48]) Freiburger Stiftungsbrief v. 1120 §. 9 (Gaupp Stadtr. II. S. 26): Si quis in extremis positus liberos suos alicui commiserit u. s. w., salmannus autem usque ad XII. annos et amplius ... eos habebit in cura. — Freiburger Stadtr. v. 1293 §. 9 (Gengler Stadtr. S. 136): Swer sinen kinden sallüte sezet u. s. w. Vielleicht ist aber diese Bezeichnung für die Vormünder dadurch zu erklären, daß der Mündel in die Hände, in die Gewalt und den Schutz des Vormunds überliefert wurde.

[49]) Meichelbeck II. p. 22. a. 1244. Guden II. Nro. 71. p. 97.

Hatte sich bei dem früheren Besitzer ein Salmann bewährt, so wünschte auch der neue Erwerber ihn jetzt für diesen Schutz zu gewinnen. Ein Beispiel dafür enthält die schon mehrmals angezogene Urkunde vom J. 1217 (Heumann p. 302): zwei Grafen haben durch Vermittlung des Grafen Conrad von Mosburg ein Gut dem Kloster Waltsassen zu Handen des Pilgrin von Mosin aufgelassen: itemque eodem loco eam in manus saepe dicti comitis Conradi de Mosburg deposuerunt (nämlich die Mönche) recipientes eam a Pilgrino ipsumque Conradum comitem super omnes praedictas possessiones Salmannum constituerunt. Obgleich Pilgrin zunächst als Salmann auf Seite des Erwerbers fungirt hatte, zieht letzterer es doch vor, sofort nachdem an ihn die Auflassung vollzogen war, die Sala dem alten Salmann des Veräußerers zu übertragen.

Ein anderes Motiv dafür, denselben Salmann beizubehalten, läßt uns die in der N. 49 angeführte Urkunde erkennen: der Pfalzgraf, welcher ein Dorf dem Bischof von Freising verkauft und bisher keinen Salmann gehabt hatte, wählt sich mit Zustimmung des Bischofs einen solchen und wiederholt mit ihm die Auflassung; dieselbe Person bestellt dann der Bischof zu seinem Salmann, hier mit der ausdrücklichen Tendenz, daß er dafür sorgen solle, daß nach dem Tode des Bischofs das Gut bei der Freisinger Kirche verbleibe. Der Salmann, welcher die Veräußerung vermittelt hat, behält seine Stellung auch bei dem Erwerber, damit durch die Continuität angedeutet würde, daß der Eigenthumsübergang von dem Einen auf den Andern in durchaus regelmäßiger Weise erfolgt sei.[50])

---

a. 1252: zwei Ehegatten schenken Güter an eine Kirche post mortem utriusque. Eadem ergo X jugera .... dedimus nos in manus salmannorum et testium subscriptorum, hac interposita pactione, quod iidem Salmanni ipsa bona dicto cenobio juxta Salmannorum jus et consuetudinem secundum prescriptam nostram collationem contra quemlibet hominem obtinebunt. — Nach dem Tode ihres Mannes läßt die Frau dieselben Güter dem Kloster auf (Guden II. Nro. 97. p. 130. a. 1258) und empfängt sie zu lebenslänglichen Besitz zurück: salam etiam prenotatam, quam ego et C. maritus meus .... fecimus, ego J. nunc duxi innovandam, videlicet dans eadem X jugera iterum in manus Salmannorum et testium subscriptorum.

[50]) Vergl. auch die niederrheinische Urkunde vom Jahre 1147 (bei Lacomblet I. Nro. 356): Es hat Jemand ein Allod per manum Gerardi

Besonders erwünscht war es, wenn der Salmann ein mächtiger Herr war, welcher nicht bloß gerichtliche, sondern auch gewaltsame Angriffe mit Energie zurückzuweisen im Stande war.[51]) Weitere Rechte, als den Schutz und Schirm auszuüben und bei Veräußerungen mitzuwirken, gab die Salmannschaft nicht und es ist eine reine Singularität, wenn die Erfurter Statuten dem Gläubiger des Salmanns die Befugniß geben das Salgut zu befrohnen.[52])

§. 11. IV. Bei einigen Klassen von Personen lag es nicht in ihrem freien Willen, ob sie sich Salmannen wählten oder nicht, sondern sie bedurften eines Vertreters nach außen hin, um Erwerbsfähigkeit zu erlangen. Sie gewannen die ihnen mangelnde Eigenschaft dadurch, daß sie mit einer in dieser Beziehung vollkommenen Person zusammen das Eigenthum oder sonstige Recht am Grundstück erwarben. Diese Gemeinschaft gab dem Vertreter weder Eigenthum noch sonstige Befugnisse nach innen hin, sondern ließ ihn nur nach außen hin in denjenigen Beziehungen als berechtigt erscheinen, in welchen die Rechtsfähigkeit des Eigenthümers einer Ergänzung bedürftig war. Aehnlich wie bei dem römischen in bonis esse im Gegensatz zum quiritarischen Eigenthum, oder beim Eigenthum dessen, der im Hypothekenbuch eingetragen ist, während ein Anderer von ihm das Eigenthum ohne Umschreibung erworben hat, übt der Eine das Eigenthum selbst

de Hostade zwei Ehegatten aufgelassen; diese übertragen das Gut nach mehreren Jahren an eine Kirche per manum Ottonis generi et heredis prenominati Gerardi, per quem acceperunt. — Weitere Belege aus Baierischen Urkunden bei Merkel S. 149. N. 150; nur ist es nicht richtig, daß dies erst seit dem Ende des 13. Jahrhunderts geschah.

[51]) Albrecht S. 51 sagt, daß es die rechtliche Natur des Instituts nicht im mindesten berührt habe, wenn man in einzelnen Fällen in jener Absicht mächtige Personen zu Salmannen gewählt habe; denn in andern hätten die Salmannen auf gleicher oder niederer Stufe als der Prinzipal gestanden. Wir geben dies gern zu; aber andererseits ist doch auch unsere Behauptung richtig. Denn wie sich aus der Untersuchung ergiebt, hatte man sehr viele Zwecke bei der Zuziehung der Salmannen im Auge, in einzelnen Fällen wollte man einen Schirmherrn haben. Ebenso wählte man ja auch einen Advokatus zur Handhabung des Mundiums, bald um gewisse rechtliche Wirkungen zu erzielen, bald um dem Bevogteten nur einen thatsächlichen kräftigen Schutz zu gewähren.

[52]) Vgl. darüber Albrecht S. 249. N. 263 und auch Brackenhöft in der Ztschr. f. deutsch. R. VIII. S. 35.

aus und vertritt der Andere nur nach außen hin das Gut wie ein Eigenthümer. In dieser Anwendung ist die Salmannschaft eine Species des Treuhänderverhältnisses und der Lehnsträgerschaft verwandt. So wie im Gebiet des Lehnrechts der Lehnsträger nach außen hin als Vasall erscheint, nach innen hin aber, d. h. was Nutzungen, Verfügungen, Erbrecht u. s. w. betrifft, eine ganz andere Person das Lehnrecht ausübt, findet bei der Salmannschaft ganz dasselbe im Gebiete des Landrechts statt.

Das Rechtsbuch nach Distinktionen, I. 48. d. 4, welches die auch sonst seit dem 13. Jahrhundert in zahlreichen Statuten vorkommende Bestimmung[53]) enthält, daß weder Pfaffen noch Mönche noch Gäste Erbgut erwerben dürfen, giebt als Mittel an, um dies Verbot zu umgehen,[54]) daß man von Gerichtswegen Vormünder über das Gut setze:

> Man mag is obir en wol seczen zcu phande wedder zcu losene adder on eyne lipczucht dorane machen adder vorkouffen; doch also daz dorobir vormunden an gerichte und in rate werden gemacht, dy in deme wichbilde gesessen sinth, dy der stad rechtes dovon phlegen, wen sich daz geborth (ebenso Purgoldt II. 111).

Allerdings wird hier nicht der Ausdruck Salmann gebraucht, da ja auch der Zweck der Bestellung nicht unmittelbar auf die Auflassung gerichtet ist; doch werden wir in Rücksicht auf die Funktion solche Vormünder unbedenklich den Salmannen gleichstellen dürfen.

In den Lübischen Stadtbüchern wurden bei Grundstücken, welche Geistlichen gehörten, Bürger als Eigenthümer eingetragen, welche bei der Eintragung die Erklärung abgaben, daß ihnen das betreffende Haus nur ad fideles manus zugeschrieben sei; die dabei auch öfter vorkommende Bemerkung, dasselbe sei für sie in forma bonorum mobilium et mecatoriorum eingetragen, bedeutet, daß dies formale Eigenthum des Trägers seiner Familie

---

[53]) Vgl. z. B. die Nachweisungen bei Frensdorff Verfassung von Lübeck S. 133, Thudichum Gauverfassung S. 198 ff.

[54]) Diese und die nachfolgenden Ausführungen dienen dazu, Albrechts S. 254 Sätze zu bekräftigen und zu specialisiren; wir liefern hier zugleich einige Belegstellen, in Betreff deren Albrecht bedauert, daß sie ihm im Augenblick nicht zur Hand waren.

keine Rechte gewähre, sondern er — gemäß dem Auftrage des eigentlich Berechtigten — ohne Zuziehung der Familie über das Grundstück ebenso frei verfügen könne, wie über Mobilien.[55]) Durch dies Treuhänderverhältniß blieb der Stadt ihr Recht auf Abgaben und auf die weltliche Gerichtsbarkeit ungeschmälert bestehen. Einige Beispiele mögen dies erläutern:

> Pauli Abhandl. III. S. 180. a 1420: Ludowicus K...... recognovit, quod sibi asscripta est in ... libro civitatis quedam domus ... quam ... pronunc inhabitat ... J. Vette presbyter, et quod dicta domus non est dicti ... Ludowici, sed est sibi asscripta ad fideles manus dicti .. Vetten. Lübisches Urkunden-Buch II. 1. Nr. 335 a. 1315: ein Geistlicher kauft ein Haus, welches ad manum eines Lübischen Bürgers resignata et scripta secundum consuetudinem civitatis ist, und verpflichtet sich, dasselbe innerhalb 16 Jahren jedem Lübischen Bürger zurückzuverkaufen und es überhaupt an Niemand anders, als an Lübische Bürger zu veräußern.[56])

Aehnlich waren die Verhältnisse in Hamburg ausgebildet;[57]) auch hier wurden, wenn Nichtbürger oder Ausländer Grundstücke erwarben, in dem Stadterbebuch Bürger mit der Bemerkung eingetragen, daß sie nur Besitzer zur treuen Hand seien. Die Fremden waren im Erwerbe von Immobilien nur darum beschränkt, weil sie nicht die nöthige Sicherheit für die Abtragung der öffentlichen Lasten zu gewähren schienen, und konnten diesen Mangel durch

---

[55]) Ueber Lübeckische Verbote, Grundstücke an Kirchen oder Geistliche zu veräußern, vgl. Frensdorff S. 133 ff; doch berücksichtigt er nicht die Art und Weise, wie man in der Stadt das Verbot umging.

[56]) Pauli Abhandlungen I. S. 62. a. 1383: Illa proprietas est michi adscripta ad fideles manns in forma bonorum mobilium et mercatoriorum, et prescripta proprietas domus non attinet michi, sed juste pertinet H. C., qui eam emit, et personaliter persolvit cum sua propria pecunia, et ideo dictam proprietatem domus do et resigno dicto C. aut cui ipse dederit aut vendiderit. — Pauli I. S. 63. a. 1390: quedam domus ... est michi ascripta in libro civitatis Lub. varende, quam do et assigno domino J. L. varende, quia sibi pertinet et non michi. — In diesem Sinne ist wohl auch die Urk. a. 1380 zu deuten, welche Dreyer in Siebenkees Beytr. zum teutschen Recht III. S. 8. N. veröffentlicht.

[57]) Vgl. darüber Baumeister Hamburg. Privatrecht I. S. 205 ff.

Hinzutreten eines Bürgers beseitigen. Im Jahre 1337 wurde eine gesetzliche Bestimmung dieses Inhalts erlassen:[58])

> Item permittimus, Clericos domus seu possessiones in civitate constitutas comparare sub eisdem oneribus et conditionibus, quibus nostris civibus permittitur, dummodo alicui nostratum civium ad manus ipsorum Clericorum adscribuntur, per quem debita et solita onera supportentur.

Der Erwerber, welcher sein Grundstück einem Andern zur treuen Hand schreiben ließ, war auch noch weiter in Dispositionen unbeschränkt und der Fiduciar mußte um Veräußerungen vorzunehmen eine specielle Vollmacht des Eigenthümers beibringen. Auch wurde der Treuhänder, weil er nur scheinbar Grundbesitz hat, nicht derjenigen öffentlichen Rechte theilhaftig, welche vom Grundbesitz abhängig waren.[59]) In Nürnberg war eine derartige Vertretung von Ausländern durch Bürger verboten.[60]) — Dagegen besaßen die Juden in manchen Städten, besonders Baierns, ihre Grundstücke unter Vermittlung der Kirche, welche nach außen hin als Eigenthümer erschien.[61])

§. 12. Dasselbe kommt auch bei bäuerlichen Besitzverhältnissen in verschiedenen Gegenden vor, indem Personen, welche nicht die erforderlichen Eigenschaften besitzen, eine qualificirte Person als getreue Hand an das Gut setzen sollen:

> Weisthum v. Emmerke, im Hildesheimischen (Grimm Weisthümer IV. S. 664. §. 19, 20): Es kan auch kein freyman eigenbehörige meyerdingsgüther, davon halshüner und baulebung gehen, besitzen, er setze dan

---

[58]) Vergleich zwischen Rath und Domkapitel bei Baumeister I. S. 206. N. 7.

[59]) Hamburger Stadtr. v. 1497. E. XXXI. §. 3: Eft ock wol erve koft hadde vor ander lude, edder sick van enes anderen weghen to truwer hand schriven lete, dardorch ys he nycht erfseten, unde lede jemant der halven schaden, dat he alse eyn eyn erfseten borgher to tuge stan hedde: den schaden schal he lesten. — Vergl. dazu auch die Langenbeck'sche Glosse, welche hervorhebt, daß der eigentliche Grundbesitzer, auch ohne daß ihm der Grundbesitz im Stadtbuch zugeschrieben ist, billich sollte für beszeten gehalten werden.

[60]) Nürnberger Poliz. VO. bei Baader (Bibl. des Liter. Vereins LXIII) S. 23: kain burger sal im lazen salen kain aigen, daz ain ausman kauft.

[61]) Vgl. Stobbe die Juden in Deutschland. S. 178, 179, 278.

eine getreue handt an das meyerdingsguth und er bleibe also frey. Da aber jemandts befunden würde, der zugleich freye und meyerdingsgüther hätte und bey das meyerdingsguth keine getreue handt gesetzet, der soll des obristen freygrefen und der freyen willen machen und entweder das freye oder meyerdingsguth abstehen.[62])

Es ist bekannt, daß juristische Personen, wenn ihnen ein Lehngut geliehen wurde, einen Lehnsträger stellen mußten, welcher den Lehnsdienst für die dazu unfähige juristische Person leistet. Dasselbe kommt auch gelegentlich für sie im Gebiete des Landrechts vor: es wird, wenn eine juristische Person ein Grundstück erwirbt, eine physische Person als Vertreter behandelt, auf welche dann auch die Dispositionsberechtigung übergeht; z. B. Urk. a. 1288 (Cölner Geschichtsquellen III. Nr. 305): die universitas judeorum Coloniensium zeigt den Cölner Behörden an, daß sie domum universitatis eorum, que dicitur speilhuz, gegeben habe in manus episcopi eorum, ut ille episcopus .... dictam domum nomine eorum divertere poterit, quocumque voluerit.

§. 13. V. Endlich machen wir noch auf den in Nürnberg ausgebildeten Gebrauch aufmerksam, wo die Veräußerungen regelmäßig mit Salmannen erfolgten und jeder Grundbesitzer Salleute zu haben pflegte.[63])

Wer in der Stadt Häuser oder im Stadtbezirk Landgüter hatte, pflegte dieselben in ein oder mehrerer Personen (Salleute) Hand zu setzen, damit sie sie ihm (dem Rath und den Schöffen gegenüber) zu

---

[62]) Weisthum v. Wellhausen in der Schweiz (Grimm I. S. 253): doch das der, der nicht ein gotzhaussmann were, der solche güter kauffen wolte, einem herrn von Auw einen gotzhaussmann zu einem trager gebe, dem soll den ein herr von Auw in tragers weiss liehen; vgl. auch das Weisth. v. Langenerchingen (Grimm I. S. 270). — Auch die Erfurter Statuten 39 (bei Walch I. S. 116) erwähnen dies Treuhandsverhältniß bei Bauergütern.

[63]) Zu dieser Darstellung steht mir nur ein verhältnißmäßig geringes Urkundenmaterial zu Gebote, nämlich die Urkunden bei Heumann p. 303—305, 313—315, 321 f, in Hegel's Chroniken deutscher Städte I. S. 203 f, 211—213, und Mon. Zoller. II. Nr. 458, III. Nr. 37. Indessen stimmen die Urkunden in allem wesentlichen mit einander so sehr überein, daß man unbedenklich das, was sie enthalten, als das regelmäßige ansehen darf.

Treuen trügen und damit so handelten, wie er es verlangte.[64]) Ueber dies Rechtsgeschäft des Setzens in der Salleute Hand, wodurch diese — zunächst ohne konkreten Zweck — zu Treuhändern gemacht wurden, ließ sich der Eigenthümer eine gerichtliche Urkunde, den sogenannten Salbrief ausstellen. Regelmäßig wählte der Eigenthümer sich seine Salmannen ganz frei; es kommt aber auch vor, daß er sie sich vom Gericht geben läßt; ne quis ipsum .... possit vel audeat super ... praedio infestare vel in aliquo impedire et ei liceat .... ordinare seu disponere quicquid velit (Heumann p. 313. a. 1282).

Diese Salleute mußten bei allen Veräußerungen und Uebertragungen zu Eigenthum, Pfandrecht, Bauernrecht u. s. w. zugezogen werden. Denn da der Grundbesitzer eine offizielle Erklärung darüber abgegeben hatte, daß er sein Grundstück in der Salleute Hand gesetzt habe, und nach außen hin für dasselbe mehrere Personen als berechtigtes Subject erschienen, so konnte, so lange dies Verhältniß bestand, ebenso wenig der Eigenthümer für sich allein handeln, als die Salleute ohne seinen Willen eine Verfügung treffen durften. Der Eigenthümer war mit Bezug auf seinen Grundbesitz ebenso beschränkt, wie eine unter Vormundschaft stehende Person in allen ihren Rechtsverhältnissen. Ebenso wie in ältern baierischen Urkunden Geistliche, Frauen u. s. w. mit gesammter Hand ihres Advocatus handelten, so ist auch der Grundbesitzer nur mit dem Salmann zusammen berechtigt über sein Grundstück zu verfügen. Es besteht unter ihnen ein Verhältniß der gesammten Hand, bei welchem aber nach innen hin die Rechte nicht gleichmäßig vertheilt sind.

---

[64]) Urk. a. 1326 bei Heumann p. 315: Da sezt so Herr Albrecht Ebner das vorgenant halbe aigen mit allen dem rechten als vorgeschrieben ist, in der ersamen Manne hand, Herrn Ulrich Kühedörffers, Herrn Conrad Menteleins und in Herrn Conrad Katterbecken hand im und den burgern vom rath und dem schoepffen ze trauen ze tragen und zu behalten und nichts damit ze thun, denn dass sie sie ermahnen nach der stadt recht u. s. w. — Urk. a. 1394 bei Heumann p. 322: unnd satzt (die Frau) das obgeschribenn aigen ... mit rechter Saal unnd urthail inn der obgenannten ir treuer Salleut Hanndt ir alleine in treuen zu tragen unnd zu behalten, unnd damit nicht zu thun dann das sie von ir ermant würden mit ir eins handt noch der Stat Recht. — Ganz übereinstimmend ist die Urk. a. 1371 bei Hegel I. S. 203 f.

Die Form der Veräußerung wich in Nürnberg von der an andern Orten gebräuchlichen stark ab: die eigentliche Veräußerung fand außergerichtlich statt, zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber und ihren respektiven Salleuten; ihr folgte eine Verlautbarung vor Gericht von Seiten des Erwerbers und seiner Salleute.[65])

Der Veräußerer verkaufte sein Gut mit gesampter hant und mit wissen seiner Salleute,[66]) oder mußte eidlich erhärten, daß er keine Salleute ernannt, bisher über das Gut keine Verfügungen getroffen habe und überhaupt vollkommen dispositionsfähig sei.[67]) In Verbindung damit kommt häufig auch die Erklärung vor, daß er keinen Salbrief habe und daß, wenn sich doch ein solcher fände, derselbe ohne Bedeutung und die Salleute ihrer Treue ledig und los sein sollten.[68]) Es ist auf den ersten Blick nicht ganz klar, was man unter dem Salbrief verstand, ob die gerichtliche Urkunde darüber, daß er sein Gut in der Salleute Hand gesetzt habe, oder die Urkunde, welche der jetzige Veräußerer, als er das Gut erwarb, von Gerichts wegen erhalten hatte, und welche er jetzt dem neuen Erwerber hätte ausliefern sollen, um ihn in den Besitz aller auf das Haus bezüglicher Dokumente zu setzen. Ich möchte

---

[65]) Entsprechend scheint übrigens auch das Verfahren beim Nürnberger Landgericht gewesen zu sein; vgl. Mon. Zoll. II. Nr. 518 a. 1316.

[66]) Z. B. Urk. a. 1286 bei Heumann p. 314.

[67]) Urk. a. 1371 bei Hegel I. S. 203: daz Fricz Zenner erzeugt het mit hern Berthold Mümler und hern Andres Stromeyr, die sagten auf ir eyde, daz sie des geladen zeug wern, daz ym frau Anna sein eliche wirtin het geben gantzen und vollen gewalt mit dem garten bey der spitalmaur gelegen . . . zu tun und zu lazzen domit mit sein ains hant, wez er wollt. und von demselben gewalt het er denselben garten . . . dem . . . . U. St. recht und redlichen zu kauffen geben im und seinen erben zuhaben und zunizzen furbaz ewiclichen und globt sie des zu wern fur aigen als recht wer. ez behub ouch der vorgenant Fricz Zenner zu den heiligen, als ym erteilt wer, daz er noch sein obgenant wirtin uber daz obgeschrieben aygen weder salbrief noch salleut heten noch enwesten, und heten ouch vormals domit nicht getun daz sie dheins geschefts noch kaufs doran gehindern noch geirren mocht. und wurde ouch erteilt, ob dhein ander salbrief doruber funden wurde, daz er weder kraft noch macht haben solt, und solten ouch die selben salleut irer treu doruber ledig und loz sein.

[68]) Vgl. z. B. die in N. 66 angef. Urk.; ferner Heumann p. 303 f. a. 1369, p. 304 die verschiedenen Urkunden, p. 322.

mich für das erstere erklären, weil nur für einen Salbrief von dieser Bedeutung die Amortisation von Seiten des Veräußerers möglich und für den Erwerber zuträglich war, und weil die fortwährende Nebeneinanderstellung von Salleuten und Salbrief auch die innere Beziehung zwischen beiden wahrscheinlich macht.

Nachdem zwischen den beiden Contrahenten, unter Hinzuziehung beiderseitiger Salleute, wenn sie beide Salleute besaßen, außergerichtlich das Geschäft abgeschlossen war, ging der Erwerber mit seinen Salleuten vor Gericht und ließ von ihnen auf Salmannstreu erklären, daß der Veräußerer sich über seine Befugniß zur Veräußerung legitimirt habe und daß das Geschäft richtig zu Stande gekommen sei.[69]) Dann setzte er vor Gericht das Gut in seiner Salleute Hand und ließ eine Urkunde aufnehmen, welche den ganzen Vorgang in allen seinen Theilen enthält. Auch in Nürnberg war es nicht ungewöhnlich, daß der Erwerber das Gut in die Hand derselben Salleute setzte, welche diese Funktion während der Besitzzeit des Veräußerers gehabt hatten.[70])

Hiernach wirkten die Salmannen bei Veräußerungen von Grund und Boden als zustimmend mit, lieferten vor Gericht Zeugniß über die in ihrer Gegenwart vollzogenen Rechtsgeschäfte und vertraten das Grundstück als Treuhänder nach allen Richtungen hin. Was unsere neueren Hypothekenbücher sind, aus denen sich jeder Interessent über die Rechtsverhältnisse des Grund und Bodens unterrichten kann und für deren Inhalt das Gericht die Garantie übernimmt, das waren in Nürnberg die Salleute; mit ihnen hatte nicht allein der Grundbesitzer gemeinschaftlich zu handeln, sondern sie waren zugleich ein lebendiges Zeugniß über die Rechtsverhältnisse der Immobilien.

---

[69]) Ebenso wurde auch bei Verleihungen von Bauerngütern das Geschäft außergerichtlich abgeschlossen, und dann auf die Erklärungen einer Partei und ihrer Salleute hin eine gerichtliche Urkunde über den Inhalt der Verabredungen ausgefertigt; vgl. z. B. die Urkunde v. J. 1352 bei Hegel S. 212.

[70]) Vgl. die Urk. bei Heumann p. 314. a. 1286, wo der Erwerber das Gut in die Hand der beiden Salleute des Veräußerers und seiner eigenen beiden Söhne setzt.

Der Manifestationseid in Italien.

Von

Herrn Dr. Adolph Wach in Königsberg.

§. 1.

Die vorliegende Arbeit soll einen bescheidenen Beitrag liefern zur Geschichte des Manifestationseides. Zwar besitzen wir eine umfassende Darstellung derselben in dem Werke O. A. Walther's die genetische Entwicklung der Lehre vom sogenannten Manifestationseide, Marburg 1859.[1]), aber gerade die auf Grund dieses Werkes über die italienische Geschichte unseres Institutes verbreiteten irrigen Ansichten haben mich zur Publication des vorliegenden Aufsatzes veranlaßt.

Wie die Aufschrift zeigt, beschränke ich mich auf Italien und, wie ich hinzufüge, auf die Zeit des Mittelalters. Der ganze dieser Periode gewidmete Abschnitt des Walther'schen Buches ist eine fortgesetzte Klage über die bittern Enttäuschungen, welche ihm das vergebliche Durchforschen der zahlreichen Glossatoren- und Kommentatorenwerke bereitet hat. Dem entsprechend sind die Resultate. Die Glossatoren halten den Manifestationseid durchgehends für einen gesetzlich deferirten, singulären Reinigungseid. Sie erwähnen gewöhnlich nur die in l. 6 § 4 C. de his qui ad eccles. (I, 12), l. 22 § 10 C. de iure delib. (VI, 30), l. 2 § 2—5 C. quando et quib quarta pars (X, 34) bezeichneten Fälle des Eides, doch deute die gl. iurata fide ad l. 2 § 3 cit. — — uxor iuramento patefecit bona heredibus item vasalli feuda, auf ein mehr als gewöhnliches Bekanntsein der Glossatoren mit dem Manifestationseide hin.[2]) Aber diese „hoffnungsreichen Knospen" sind nach Walther's Ansicht von den Kommentatoren nicht weiter entwickelt, vielmehr in ihrer Entwicklung gehemmt worden.[3]) Und in der That stände es mit der italienischen

[1]) Dieses Werk ist eine 218 Seiten lange jeder Form und Methode entbehrende, aber mit großem Fleiße angelegte Sammlung von Excerpten und Citaten aus Schriftstellern, Gesetzgebungen und Präjudizien.

[2]) A. a. O. S. 28.

[3]) A. a. O. § 7, bes. S. 36.

Literatur und Geschichte unseres Eides dürftig genug, wenn die Mittheilungen dieses Juristen nur annähernd erschöpfend wären.

In neuester Zeit ist Wetzell den Ausführungen Walther's beigetreten.[4]) Er gab damit die in der ersten Auflage seines Systems ausgesprochene Vermuthung auf: daß möglicherweise doch schon bei den Italienern sich die heute gangbaren Modifikationen und Ausdehnungen des Manifestationseides vorfinden.[5])

Die folgende Untersuchung soll die Richtigkeit dieser Vermuthung nachweisen. Es wird sich bei genauerer Betrachtung der Quellen ergeben, daß die dogmengeschichtlichen Ausführungen Walther's, so sehr sie mit der Prätension der Gründlichkeit auftreten, für die Glossatoren- und Kommentatorenzeit die italienische Doctrin und Gewohnheit nicht genügend darstellen, und daß in der That die angeblich so stiefmütterlich behandelte Lehre in Italien bereits im 13. Jahrhundert in voller Blüthe stand.

Hätte O. A. Walther sich bemüht, nur Azo's lectura zu den betreffenden Gesetzesstellen nachzuschlagen,[6]) er hätte „bei diesem Gestirn erster Größe in dem Reiche der Glossatoren" mehr als „ein Spiel mit den Worten der Quellen" gefunden. Azo giebt nämlich zur Erläuterung der l. 6. § 4 C. de his qui ad eccles. conf. (I., 12) ad verba: sua enim conscientia satisfacere folgenden Kommentar:

> ergo debet iurare, utrum habeat res an non vel si sciat aliquis de eis, quod dicat et est argum. quod aliquis debet indicare furem; non tamen cogitur per aliquam ordinariam actionem, ut no. C. eod. si servus (l, 4. h. t.) et D. de fur. incivile l. 2 C. de furt. l. (VI., 2)?]: et est argum. hoc, quod

---

[4]) System des ord. Civilpr. 2. Aufl. Leipzig 1865, S. 268, Anm. 18. a. E. „daß die späteren Italiener über die Glosse nicht hinausgehen, ergiebt sich aus den Nachweisungen Walther's a. a. O. §. 7."

[5]) System, 1. Aufl., Leipzig 1854, S. 181, Anm. 16. Vgl. dazu Walther S. 36, Anm. 65.

[6]) W. bemerkt freilich S. 22, daß ihm nur die Summa Azonis zum Codex zu Gebote gestanden. Doch muß ich mir erlauben, diese Angabe zu bezweifeln, da, wie wir aus der Einl. S. 5. erfahren, W. die Göttinger Bibliothek, welche im Besitze der lectura ist und damals längst war, persönlich benutzt hat. Ich gebrauche ed. Parisiis 1577. (Savigny Gesch. Bd. 5, S. 18.)

hic dicitur ad debitorem, qui cessit bonis, quod teneatur iurare, quantum sit in bonis et ea, quae scit, cum hoc dicit in extraneo, ergo multo magis in debitore et etiamsi absentavit se debitor, quod non appareret, tenetur iurare uxor et liberi veritatem dicendam de bonis et ita respo. dominus meus, cum de facto contigisset, et de his nota. C. de iure deliber. l. ult. § licentia. (n. 9) Et huiusmodi aliqua persona domestica (s. tenetur ad veritatem dicendam de bonis).

Er läßt also die Anwendung des Manifestationseides, wenn wir von dem im corpus juris civ. enthaltenen Fällen zunächst absehen, zu

1. gegenüber jedem bonis cedens, mithin nach unserer heutigen Anschauung ganz allgemein im Konkurse zur Konstatirung der Activmasse,
2. gegenüber den Familiengliedern des debitor, qui se absentavit, also wohl auch gegenüber dem debitor praesens, d. h. dem Exequendus selbst. [7])

Den ersten Fall erörtert Azo noch ganz speziell in den brocardica, Rub. 28 de debitoribus et fideiussoribus,[8]) wo er die Pflicht des bonis cedens zur eidlichen Manifestation aus allgemeinen Rechtsprinzipien zu rechtfertigen sucht.

Wo ist hier „die peinliche Kargheit", mit der nach Walther die Glossatoren „ihre Aufschlüsse" ertheilen? Wir sehen, die wichtigsten Ausdehnungen des Manifestationseides, welche gewöhnlich als ein Produkt der deutschen Doctrin

---

[7]) Wir sehen hieraus, wie unberechtigt es ist, wenn Walther die Erfindung des Manifestationseides der Familienglieder Bartolus und Baldus in die Schuhe schiebt.

[8]) Ed. Venetiis 1610 (enth. Summa Cod., Summa Jnstit., die drei Digesten v. Hugol., brocarda) Nr. 1. Debitor, si bonis cedat, indicet ea, — — — Nr. 2. Debitor si bonis etc. (cedat, indicet ea), cum hoc sit praecipuum iustitiae praeceptum, unicuique ius suum tribuere, Jnst. de iust. et iure § iuris praec.; merito id agere iudex debet, ut creditor, qui certat de damno vitando suum consequatur, sola cessione bonorum non sufficiente, sed eam sequente indicatione, praestito a cedente iuramento de indicio faciendo C. de iure delib. l. fi. § licentia, fi § sic ubi C. de iis qui ad eccl. conf.

und Praxis behandelt werden, sind Azo vollkommen geläufig. Daß er mit diesen seinen Ansichten nicht auf dem Boden der Quellen steht, leuchtet ein. Die Nov. 135., c. I., welche allein für den Manifestationseid des bonis cedens angeführt werden könnte, ist unglossirt und nicht Bestandtheil des Authenticum. Ebensowenig aber können wir an eine Erfindung der Doctrin, gegründet auf analoge Ausdehnung der l. 6 § 4 cit. oder gar der l. 22 § 10 C. cit., l. 2. § 2—5 cit. denken. Denn die Bestimmungen dieser Gesetze sind so singulär, daß ihre Anwendung auf die oben erwähnten Fälle nur demjenigen gerechtfertigt erscheinen kann, welcher damit einem praktischen Bedürfniß entgegen kommen oder eine bereits herrschende Sitte mit dem Schein der Legalität umkleiden will. Besonders die Vereidigung der uxor und liberi widerspricht den römischen Grundsätzen.

Ich glaube daher in der Ansicht des Glossators nur eine Formulirung schon geltenden Gewohnheitsrechtes erblicken zu müssen und diese Annahme wird nicht unbedeutend durch seine Mittheilung gestützt, daß er[9]) bereits in praxi, die von ihm vorgetragenen Grundsätze angewandt habe. Sicherlich führte er damit nicht einen neuen, erst durch Quelleninterpretation von ihm gewonnenen Rechtssatz ins Leben ein, sondern exercirte lediglich das geltende Recht. Noch sein Lehrer Joannes stand in der Theorie ganz auf dem Boden der römischen Quellen:[10])

> ad l. 6 C. de his, qui ad eccl. — — Colonum, ascriptitium et libertum domesticos vocat, ideoque non possunt esse testes. Qui bonis cessit, ea indicare non cogitur, quia diligens iudicis inquisitio praecedere debet.

Es ist für Deutschland öfter auf die Begünstigung des Manifestationseides durch die deutsche Beweistheorie und den Ge-

[9]) Der dominus meus in der Lectura ist, wie schon Contius (s. p. 4 De emendat. Justin. codicis Nr. 5 in marg. bemerkt, nicht Joannes Bassianus, sondern Azo selbst, der Lehrer des Alexander, welcher die Lectura nachgeschrieben hat. Es geht das daraus hervor, daß Joannes stets namentlich mit dem Sigle Jo. bezeichnet, der dominus meus diesem sogar entgegengestellt wird und bei Kontroversen die Ansichten Azo's immer mit dieser Bezeichnung eingeführt werden. Vgl. hierüber die Bemerkungen Savigny's Gesch. Bd. 5, S. 24.

[10]) S. Savigny a. a. O., Bd. 4., S. 548.

brauch des Reinigungseides hingewiesen worden.[11]) Auch in Italien werden wir germanisches Recht als die eigentliche Quelle des so umfassend angewandten Manifestationseides zu betrachten haben. Es genügt, wenn ich zum Belege auf Ed. Luitprandi 57 verweise. Dort heißt es:

> Si quis devitum fecerit et res suas vindiderit, et talis fuerit ipse devitum, quod sanare non possit, et filius eius per uxorem suam aliquid conquisierit, vel postea sibi per quocunque genio laboraverit, postea genitor eius omnes res suas venundavit vel pro devito suo creditoribus suis dederit, aut apuplico intromissi fuerent: non habeant licentiam creditores eius res quas filius de coniuge sua habere videtur, vel quod postea conquesivit aut laboravit, repetendum aut distrahendum, sed habeat sibi filius eius iure quieto. Sic tamen, ut, si a creditoribus pulsatus fuerit, preveat sacramentum, quod de rebus patris aut matris suae, si ipsa in mundio patris eius mortua fuerit, nihil apud se habeat, nec alicubi commendassit aut abscondisset et sit absolutus; et si postea aput eum inventum fuerit de rebus paternis, componat in actogild.

Aus diesem Gesetze geht hervor: Der verheirathete Sohn erwirbt zu Eigen das von ihm selbst Erarbeitete oder durch seine Frau ihm Zugebrachte oder Erworbene.[12]) Er haftet also den Gläubigern des Vaters nur, soweit er Objekte aus dem Vermögen des Letzteren in Händen hat. Wird dieser nun insolvent, so soll nach Luitprand der Sohn, welcher des Besitzes solcher Objekte ganz allgemein beschuldigt wird, sich durch einen Eid reinigen, welcher unserm Manifestationseid, wie ein Ei dem anderen ähnlich sieht. Denn er schwört, daß er weder solche Objekte selbst besitze, noch einem Dritten hingegeben oder bei Seite geschafft habe. Daß ebenso der Exequendus selbst oder eine

---

[11]) Vgl. statt Aller Wetzell a. a. O. S. 268. fgg.

[12]) Diese Stelle ist zugleich ein Beleg für die emancipatio durch separata oeconomia und bestätigt daher die v. Stobbe, Beiträge z. Gesch. d. deutsch. R., Braunschweig 1865, I., gegen Kraut aufgestellte Ansicht, daß „überhaupt nach deutschem Recht die väterliche Gewalt mit der Selbstständigkeit der Kinder aufhöre" (S. 5).

jede dritte Person auf die gleiche Beschuldigung hin sich habe reinigen müssen, unterliegt keinem gerechten Zweifel. Nun hat freilich der Eid der uxor et liberi bei Azo eine sehr abweichende Gestalt. Er erscheint hier nicht mehr als Parteieid wie im Ed., sondern als Zeugeneid. Weder das rein deutsche, noch das römische Recht kannte das testimonium domesticum in so seltsamer Anwendung. Diese Umgestaltung erlebte der deutsche Reinigungseid erst durch das Bemühen, ihn aus römischen Gesetzen zu rechtfertigen und durch die Ausdehnung auf Fälle, in denen er an sich unzulässig war, nämlich auf den Fall, daß uxor und liberi nicht als Inhaber von Vermögensobjekten in Anspruch genommen, sondern inquisitorisch ihrer Kenntniß des schuldnerischen Vermögensstandes wegen ausgeforscht werden sollten. Von einem Reinigungseide war hier nicht mehr die Rede. Dagegen konnte später noch der Manifestationseid überall als purgatorium aufgefaßt werden, wo immer er als ein Parteieid erschien. Und diese Auffassung ist denn auch als höchst willkommen von der Glosse in den Fällen der l. 22. §. 10 C. de iure delib., der l. 2 §. 3. C. quando et quib. und l. 6 §. 4 C. de his qui ad eccl. angenommen[13]) und von jüngeren Juristen [14]) beibehalten worden.

Im allgemeinen ist in unserer Lehre der Standpunkt der Glosse Azo gegenüber ein selbstständiger. Wir finden in ihr abgesehen von den gesetzlichen Anwendungsfällen den Mani-

[13]) Gl. exacto iureiurando] ad l. 31 D. de iureiur (XII., 2) —— lex defert reo iuramentum ad purgationem sui, ut in Cod. de his qui ad eccles. conf. l. praesenti § sicubi, et Cod. de fid. instr. l. fin., et Cod. de iure delib., l. fin. § licentia et in auth. de fide instr. § si tamen —;

gl. conscientia] ad l. 6 § 4 C. de his, qui ad eccl. Nota, quem se debere per sacramentum purgare, ut hic et —— de iure delib. C. scimus § licentia, et Cod. quando et quib. quarta pars. l. 2 lib. X. Et ex his legibus sacramentum delatum referri non potest. Es ist unglaublich, aber wahr, daß Walther die in der Ausg. Lugd. 1627 stud. et op. Jo. Fehii der Glosse beigefügten Anmerkungen des Herausgebers für Bestandtheile der Glosse hält. Vergl. S. 26., 1) f. 2) a., S. 27, 3) f., g., h., 5) d., e.

[14]) Vergl. Odofredus ad l. 6 § 4 C. de his qui ad eccl., ad l. 22 §. 10 cit. Alber. de Ros. ad leg. cit. Bartol. ad l. 22 §. 10 cit. u. a. m. (s. bei Walther S. 29, S. 31 VII., S. 32 VIII., S. 33 XI., S. 34 XII.,).

festationseid anerkannt für den bonis cedens, sodann als Pflicht der Frau gegenüber den Erben und endlich als Pflicht des Vasallen.

Die auf den ersten Fall bezüglichen bisher immer übersehenen Glossen lauten:

> gl. ab aliis] ad l. 4 C. de cess. bon. (XLII., 3) — Item nisi, ut bona doceat, ad quod tenetur, ut dices D. ad l. penult. in gl. 2: ibi, item an.
> gl. non debet] ad l. penult. D. h. t. — Item an hic cedens debeat bona indicare? Dicam sic, arg. C. de iure delib. l. fin. § licentia et ibi no.
> gl. liberati] ad l. c. Cod. qui bon. ced. poss. (VII., 71) — — an autem ille, qui cedit bonis, teneatur bona indicare? Respon. utique iudicis officio arg. C. de iure delib. h. l. sci(mus) §. licentia danda.

Zwar erwähnt Accursius des Eides mit keinem Worte, aber aus der wiederholten Beziehung auf l. 22 §. 10 C. de iure delib. geht hervor, daß er dem bonis cedens gegenüber alle in diesem Gesetze gegen den Erben gestatteten Erforschungsmittel der beseitigten oder verheimlichten Vermögensobjekte, also auch den Manifestationseid angewendet wissen will. Mit dieser Anerkennung hat das Gewohnheitsrecht den Sieg über die theoretischen Bedenken des Joannes Bassianus in der Wissenschaft davongetragen. Zu bemerken ist auch, daß es von jetzt ab Sprachgebrauch wurde, mit dem einfachen bona indicare die eidliche Manifestation zu bezeichnen.

Der zweite und dritte von Accursius erwähnte, nicht legale Fall des Offenbarungseides findet sich in der oben S. 439 erwähnten gl. iurata fide] ad l. 2 §. 3 cit. Der hier gedachte Eid der Frau deckt sich keineswegs mit dem von Azo aufgestellten. Er handelt von der Manifestation der Güter des abwesenden Schuldners, die Glosse von der Feststellung der Erbschaftsmasse. Auch hier ist nicht an irgend eine Quellenstelle als Beleg anzuknüpfen; ja, die Bemerkung der Glosse erscheint an sich so dunkel, daß ohne unterstützende Zeugnisse über das geltende Gewohnheitsrecht ihr eigentlicher Inhalt nicht klar eruirt werden kann. Denn unmöglich ist anzunehmen, man habe überhaupt ohne Distinction jeder Ehefrau eines Erblassers auf Wunsch der Erben

den Manifestationseid auferlegen können und wollen. Durch unten zu führende Nachweise wird der eigentliche Sinn der gl. iurata deutlich werden.

Nicht minder dunkel ist der letzte Fall: item vasalli feuda. Wahrscheinlich ist an eine Manifestation dem Lehnsherrn gegenüber gedacht.

Fassen wir nun die für die Glossatorenzeit gewonnenen Resultate zusammen, so ergiebt sich, daß außer den legalen Fällen der Manifestationseid verlangt werden darf:

1. von jedem bonis cedens,
2. wie es scheint, überhaupt von jedem Exequendus,
3. von den Familiengliedern desselben,
4. von der Frau des Erblassers zur Feststellung der Erbmasse,
5. vom Vasallen (zur Ermittlung des Beneficialvermögens?).

Damit ist zugleich der Beweis geführt, daß die Glossatorenlehre nicht, wie Walther meint, nur Bruchstücke eines bereits wieder verblühten, wissenschaftlichen Lebens, sondern noch oder vielmehr erst die Blüthe desselben und zwar in einer bisher nicht geahnten Fülle repräsentirt.

§. 2.

Wir werden nun im Folgenden nachzuweisen suchen, daß diese von Azo und der Glosse angenommenen Fälle des Manifestationseides in Italien allgemein geltendes Recht gewesen und im Großen und Ganzen bis zum Schlusse des Mittelalters geblieben sind.

1. Der Manifestationseid des bonis cedens.

Die Geschichte der bonorum cessio ist mit der des Schuldrechtes aufs engste verwachsen. Die Vorbedingung ihrer Existenz ist ein Executionsrecht, welches Vollstreckungsmittel und Nachtheile gegen den insolventen Schuldner in Anwendung bringt, die diesen schwer bedrücken, aber dem Gläubiger vermögensrechtliche Vortheile nicht gewähren. Solche Mittel und Nachtheile sind die Schuldhaft und die Infamie. Sie befriedigen nicht, sondern sie strafen. Es ist daher wahre Humanität, nicht ungerechtfertigte Schwäche, wenn dem redlichen Schuldner, der freiwillig den Kon-

kurs eröffnet, diese Strafen erlassen werden.[15]) Ganz anders steht es bei einer Executionsordnung, welche in der Personalexecution ein Mittel zur Befriedigung des Gläubigers, mit anderen Worten, die Schuldknechtschaft anerkennt. Hier fehlt für die cessio bonorum die Lebensluft. Es wäre Ungerechtigkeit und Härte gegen den Berechtigten, diesen durch die einfache, freiwillige Abtretung des ihm ohnedies verfallenen Vermögens die Aussicht auf Befriedigung durch die Arbeit des debitor zu entziehen.[16]) Es ist nicht gesagt, daß die cessio bonorum nothwendig folge aus dem Siege der öffentlichen Schuldhaft über die Schuldknechtschaft, aber wo diese existirt ist die Güterabtretung sinnlos.

Dem entsprechend kennt das langobardisch-fränkische Recht, welches die Schuldknechtschaft zweifellos als Executionsmodus zuläßt,[17]) die bonorum cessio, oder ein ihr ähnliches Institut nicht. Wir müssen das Aufleben derselben, wenigstens für die Lombardei und Tuscien, erst von dem Untergange der Schuldknechtschaft und allgemeinen Geltung der öffentlichen Schuldhaft datiren. Diese Wandlung trat in den einzelnen Territorien nicht gleichzeitig ein. Entschieden ist der Sieg der modernen Ideen nicht vor dem Ende des 12. Jahrhunderts. Noch

---

[15]) Ob das römische R. das beneficium legis Juliae auch auf den leichtsinnigen Bankerottirer erstreckte (s. Bethm. Hollw. der röm. Civ. Proz. Bd. 2, S. 689), lasse ich dahingestellt. Daß ein unbestreitbares Gewohnheitsrecht in Italien jenen von der cessio bonorum ausgeschlossen, ist ein Zeichen gesunden Rechtsgefühls.

[16]) Erst nachdem der Anspruch auf die operae aufgehoben, konnte die cessio bonorum entstehen (s. Bethm. Hollw. a. a. O. S. 665 ff., und auch Huschke R. des Nexum, S. 150). Bemerkenswerth ist, daß in Spanien, wo gewohnheitsrechtlich die Schuldknechtschaft sich sehr lange erhielt, die cessio bonorum nicht zur Anerkennung kommen konnte: vgl. Gaspar. Beatius tr. de inope debitore ex Castelliana consuetudine creditoribus addicendo im Tract. illust. Jurisc., Venetiis 1584, tom. III., P. II. fol. 204 a sqq.

[17]) Ueber das langob. R. vgl. Osenbrueggen, das Strafrecht der Langobarden, Schaffhausen 1863, S. 30. Die Hauptstelle ist Ed. Luitprand. 154, in welcher der zweite Modus der Personalexecution bei Bußen unter 20 solidi zum Zwecke des Abverdienens vielleicht schon zu Luitpr. Zeit auch bei Forderungen aus Kontrakten anwendbar war. Ueber das fränkische Recht s. Waitz, deutsche Verfassungsgesch., Bd. 4, Kiel 1861, S. 442 flg., bes. S. 443, Anm. 4.

die Stat. v. Nizza (aus diesem Jahrh.) enthalten folgende Bestimmung:[18])

Rub. 107 de reddenda persona debitoris. Item statutum est, quod quicunque — — transacto termino non solverit, ut promisit et dixerit, se fore non solvendo, tunc consules — — teneantur reddere personam debitoris ipsi creditori, ut ipsum teneat in sua potestate, quousque solverit vel satisfecerit ei —.

Zwar ist hier von einem Recht des Gläubigers, den Schuldner zur Abarbeitung anzuhalten, nicht die Rede. Aber aus dem tenere in sua potestate, welches auf ein sclavenähnliches Verhältniß hindeutet, müssen wir schließen, daß dieses Recht wirklich vorhanden war.

Aehnlich finde ich die Uebergabe der Person an den creditor als Vollstreckungsform in einem Vertrage zwischen Venedig und Ferrara v. J. 1191.[19])

item in omnibus sententiis datis super Ferrariensem, si solutio facta non fuerit, aut non habebunt iudicati, unde sententiae exequantur, dabuntur personae eis, quibus iudicati fuerint, in loco tuto; et idem per omnia — — debet Ferrariensibus a Venetiis observari.

Nicht weniger deutlich äußert sich ein Vertrag zwischen Ferrara und Bologna v. J. 1193:[20])

si persona, quae offensionem fecerit, non compareat post requisitionem in banno a Rectore — — illius civitatis ponatur et de banno non extrahatur, nisi satisfaciat. Si vero compareat et satisfacere non potest, persona tradatur.[21])

---

[18]) Bei Datta, delle liberta' del comune di Nizza, Nizza 1859, cap. CVII, p. 244. in den Monumenta hist. patriae. Leges municipales, Aug. Taur. 1838, p. 72. Ueber das Alter der Stat. s. Datta p. 8. sqq.

[19]) Muratori, Antiquit. Italicae, Mediol. 1741, tom. IV. p. 358, auch abgedruckt in Codex diplomaticus dominici tempor. S. Sedis, Rom. 1861. p. 26.

[20]) Muratori l. a. p. 447.

[21]) Diese Art von Verträgen ist äußerst häufig. Es wird oft sogar ein Ort bestimmt, wo die traditio stattfinden sollte, so auch in der cit. Urk. v. 1191: „in loco tuto“. Der Ausdruck „persona tradatur“ als Bezeich-

Ja, wir finden noch bei Bartolus, also in der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts, folgendes höchst interessante Zeugniß über die Schuldknechtschaft nach den Statuten Tusciens:

> ad l. 1 Cod. qui bon. ced. non poss. (VII. 71) n. 5: Fateor quod pro debito quis servus alterius effici non potest, sed ille, qui ponitur in carcere non efficitur servus, qui solvendo liberatur et etiam cedendo bonis, ut hic vides: licet per statuta Tusciae accidat contrarium.[22])

Zugleich gibt Bartolus uns hiermit eine Bestätigung des von uns angenommenen inneren Zusammenhanges zwischen dem Untergange der Schuldknechtschaft und der Herrschaft der cessio bonorum. Denn aus seinen Worten geht hervor, daß in Tuscien in der That die Schuldknechtschaft das beneficium der Güterabtretung ausgeschlossen hat.[23])

Selbst die heftige Polemik der Wissenschaft gegen die alte Rechtsitte ist uns ein Zeichen ihrer Zähigkeit und langen Fortdauer. Bereits die Glosse zieht gegen sie zu Felde:

> gl. in carcerem] ad l. 1 Cod. ci S. Si ergo non cedit bonis, videtur in carcere pro debito poni — vel non fit hic servus, sed nec servit, sed loco carceris hodie ponitur in banno,

---

nung der Uebergabe in die Schuldknechtschaft ist sehr alt. Er findet sich bereits in italienischen Urk. des 9. Jahrhunderts. Vgl. auch St. Augustae Praetoriae a. 1188—1253, in Mon. hist. patr., leg. mun. p. 346 Si quis namque a promissione ista resilierit et convinctus fuerit, persona illius domino tradatur et res eius confiscentur.

[22]) Auch Oldradus de Ponte aus Lodi († 1335) spricht von der Schuldknechtschaft als von einem in Stadtrechten vorkommenden Institute: cons. 54 inc. an fugiens (ed. Francof. 1576) n. 1 — sed inspecto iure municipali, secundum quod liber homo pro debito capitur et traditur in servitium creditoris.

[23]) Die im Text angeführten Zeugnisse erledigen die Zweifel Ficker's, S. 100, in seinen neuen, noch nicht erschienenen Forschungen über die italienische Gerichtsverfassung deren erste 13 Druckbogen mir durch die Güte des Herrn Assessor Wuestenfeld zugänglich sind. Das ang. Stat. v. Nizza ist ihm entgangen. Auch findet er schon im 11. Jahrhundert keine Belege der Schuldknechtschaft mehr. Zugleich bestätigen unsere Anführungen, daß die Exp. zu L. Pap. Luitpr. § 14, 151, §. 2 durchaus geltendes Recht darstellt, wenn sie auch pro debito noch die Schuldknechtschaft anerkennt.

und die späteren Juristen, Odofredus, Cynus, Bartolus u. a., stimmen ein. Aber daß die Schuldknechtschaft fiel, ist nicht lediglich ein Verdienst der Wissenschaft, sondern in viel höherem Grade eine natürliche Folge der gesteigerten Kultur, der festeren Organisation der öffentlichen Gewalt in den Municipien, des kirchlichen Einflusses.

In einzelnen Territorien, so müssen wir annehmen, wurde die Schuldknechtschaft unmittelbar durch die öffentliche Schuldhaft als Executionsmittel abgelöst.[24]) In anderen trat als Uebergangsstadium, wie schon die Glosse andeutet, der Bann dazwischen.[25]) Aber die Bestimmung, daß jeder bannitus auf Antrag des Gläubigers vom Podesta verhaftet werden konnte,[26]) und das höchst Unpractische des Bannes in Civilsachen, drängte diesen immer mehr zurück, ja beseitigte ihn als Vollstreckungsmittel schon im Laufe des 14. Jahrhunderts in vielen Städten.[27]) Die öffentliche Schuldhaft wird gemeines Recht. Nur den flüchtigen Schuldner, der ipso iure als Fallit gilt, trifft bis ins

---

[24]) Vgl. z. B. die alten Handelsstat. v. Piacenza ums J. 1200 (St. antiq. mercat. Placent. in Statuta varia civit Placentiae, Parmae 1860) cap. 370, p. 100, dazu addit. v. 1263, c. 399 p. 107, c. 459 p. 123, und addit. v. 1279, c. 620 p. 161; vgl. Urk. v. 1218, Lib. Jurium reipublicae Genuensis I. p. 611, v. 1228 p. 816 und p. 817, v. 1253, p. 1180, v. 1256, p. 1230; Muratori l. c. Urk. v. 1201 p. 378, v. 1227 p. 437, Breve Pisani Communis a. 1286 Rub. 117 (Stat. inedite della citta di Pisa, Firenze 1854) p. 223. Als eventuelles Executionsmittel, wenn man des Schuldners nicht habhaft werden konnte, war der Bann allgemein im Laufe des 12. und 13. Jahrh. in Gebrauch, s. auch ob. Urk. v. 1193.

[25]) Vgl. St. Augustae Praet. l. c. p. 37; so in Parma, Verona, Padua, Val d'Ambra, über welche Stat. ich auf Ficker a. a. O. S. 98 flg. verweise; dasselbe gilt von Vicenza, Rom, Sezza und vielen anderen Statuten. Vgl. auch Urk. v. 1166, 1188, 1202 bei Ficker S. 99; dazu Urk. v. 1221 bei Muratori l. c. p. 436, v. 1227, p. 437, v. 1234, p. 441, v. 1239, p. 446. Ueber den städtischen Bann überhaupt ist zu vgl. die sehr ausführliche, wenn auch nicht überall erschöpfende, Darstellung bei Ficker S. 92—147.

[26]) Dieses war allgemeiner Grundsatz. Jedem, der in die Staatsverträge und Statuten dieser Zeit nur flüchtig hineinblickt, tritt er überall entgegen. Ich unterlasse daher die Anführung besonderer Belegstellen.

[27]) Interessant sind für diese Entwicklungsgeschichte besonders die Statuten v. Parma, welche wir von Anfang des 13. Jahrhunderts bis zum Jahre 1494 genau verfolgen können. In Padua, Verona, Rom, Ancona hielt sich freilich der Bann sehr lange.

späteste Mittelalter der Bann mit eiserner Strenge.[28]) Er wird, gleich dem verbannten Verbrecher, friedlos gelegt. Nur Tödtung sollte nicht straflos an ihm verübt werden.[29])

Mit der Verdrängung der Schuldknechtschaft trat auch die bonorum cessio, wenigstens theilweise, wieder in ihre alten Rechte ein. In manchen Territorien ist sie statutarisch nie anerkannt worden. Da sie jedoch ein Bestandtheil des gemeinen Rechtes war und die subsidiäre Geltung desselben im 13. Jahrhundert keinem Zweifel unterlag,[30]) so müssen wir ihre Anwendung überall annehmen, wo sie nicht ausdrücklich reprobirt wurde. In sehr vielen Stadtrechten hat man sie gesetzlich fixirt. Aber der Uebergang von der drückenden Härte des alten Schuldrechtes zu der milden Behandlung, welche die römischen Quellen dem bonis cedens zu Theil werden lassen, war zu plötzlich und schroff. Die Sitte umgab daher unser Institut mit so schimpflichen Folgen und Formen, daß die Wohlthat Schmach und Plage wurde. Der bonis cedens muß nach einer, schon im Anfang des 13. Jahrhunderts nachweisbaren, in Italien fast allgemein verbreiteten

[28]) Von besonderem Interesse sind für diesen Punkt die Konkursordnungen der Handelsstatuten v. Piacenza v. 1347, übernommen aus den Handelsstat. v. Mailand v. 1341 (stat. rec merc. Plac. in stat. varia p. 199 sqq., capitula de mercatoribus fugitivis), der Stat. v. Padua (s. unt. Anm. 31) lib. III., Rub. IV. st. unic., p. 546 sqq. de fugitivis pro debito, der Handelsstatuten v. Bergamo a. 1457 cap. 35—37, p. 31 sqq. (stat. et privilegi del paratico e foro della universita' de' mercanti della citta' e distretto di Bergamo, in Bergamo 1780), der Gemeindestat. v. Bergamo (ed. Bergami 1727) coll. V., c. 47—63, p. 187 sqq., der Stat. v. Rom a. 1464—1471, lib. I.: Rub. 146 de mercatoribus et campsoribus fallitis per senatorem (ed. s. l. e. a.).

[29]) St. rec merc. Plac. p. 203, St. Bergomi l. c. cap. 52 p. 189. Dieser eigenthümliche Fall des Bannes ist Ficker seltsamer Weise entgangen. Er ist auch wegen seiner sonstigen Besonderheiten einer der interessantesten.

[30]) Sehr oft wird sie ausdrücklich in den Stadtrechten hervorgehoben. Besonders interessant ist die betreff. Bestimmung in den Stat. v. Verona, lib. II. c. 1 (ed. 1475): Statuimus — quod dom. potestas — teneatur et facere debeat, quod ius reddatur per ipsum — potestatem et eius vicarium et iudices iura reddenda in civitate verone deputatos. — — Primum secundum statuta et consuetudines civitatis veronae. Et eis deficientibus secundum iura romana et glossas ordinarias Accursii approbatas per ipsum Accursium. Et in quantum sibi ad iudicem contradicerent: tunc iudicetur secundum illam glossam, quam approbat Dinus.

Gewohnheit auf offenem Markte, vor dem Rathe der Stadt und unter Geläute der Glocken sich seiner nur irgend entbehrlichen, ja oft der unentbehrlichen Kleider entledigen, den Schandstein besteigen und indem er diesen dreimal mit dem Hintertheile berührt, laut sein „cedo bonis" rufen.[31]) Damit verlor er nach vielen Statuten seine gesammten öffentlichen Würden, das active und passive Wahlrecht zu allen Municipalämtern, das Recht Waffen zu tragen.[32]) Man ver-

[31]) Das erste Zeugniß für diesen Gebrauch finde ich bei Roffredus († c. a. 1243) tractatus in quo ordinis iudiciarii positiones libellique pertractantur. Lugd. 1561, P. V., Rub. de off. ind. p. 384, n. F.: non desideratur solemnitas in cessione facienda, sicut faciunt Amalfitani, qui habent linteamen et pectem et pectinant caput suum sedendo in terram et dicunt; cedo bonis. Dieselbe Sitte bestätigt Odofredus ad l. in omni cessione C. qui bon. ced. poss. Für Mailand: quis vult cedere bonis debet cedere in publica conciono: quando est ibi: dicit potestas: dicam vobis breviter, quare vocavi vos: quia talis vult cedere bonis et forte non; unde ille, qui vult cedere bonis, ascendit locum eminentem et deponit vestes inferiores privatas et dicit: „cedo bonis" ter et cum capite posteriore percutit illum lapidem et tunc omnes clamant contra eum: et qui ita cedit bonis licet fit infamis infamia facti, non tamen fit infamis infamia iuris. Für Rom s. Alberic. de Rosiate ad l. 1 C. qui bon. ced. poss. N. 6, der cedens besteigt den marmornen Löwen bei den Säulenhallen des Kapitols; für Padua s. Angel. de Perusio ad. l. 6 C. h. t.; im allg. Raph. Fulgosius ad l. 1 Cod. h. t.; für Pavia s. Jason ad tit. de actionib. Instit. § ult. n. 29 (Lugd. 1513). Für Lodi und Rimini s. Matth. Brunus tr. de cessione bonorum in Tract. ill. Jurisc. tom. III., P. II., fol. 194. Cynus erzählt, daß Accursius bei Besprechung dieser Materie in seinen Vorlesungen auf dem Katheder die löbliche Sitte der cessio nachgeahmt habe. Von Stat. vgl. u. a. St. Casalis c. a. 1360, Mon. hist. patr., leg. munic. p. 986, St. Paduae lib. III., Rub. III. st. un., p. 540 sqq. (Venetiis, 1747) St. Caesenae (Caesenae 1589 s. unten Anm. 44) lib. I., Rub. de cessione bonorum—; St. Veronae a. 1400 (ed. Venetiis 1747) lib. II. c. 61; St. Belluni (ed. Venetiis 1747) lib. II., c. 110. p. 122. St. Feltriae (ed. Venetiis 1749) lib. III., Rub. 24 p. 171; St. Placentiae a. 1391 (ed. Brixiae 1560) lib. III., Rub. de deposito, fol. 34a; St. Viterbii a. 1469 (cod. mss. iurid. 815 der Göttinger Bibliothek) lib. II., Rub. 50, fol. 191 a; St. Parmae a. 1494 (ed. Parmae 1590) lib. II., Rub. de modo et forma cedendi bonis; St. Mediolani a. 1498 (ed. Francof. 1600. tom. I.) cap. 408: St. Mantuae (cod. mss. iur. 814 der Göttinger Bibliothek) lib. II. Rub. de his qui bon. ced. vol., fol. 147 a.

[32]) Vgl. z. B. d. ang. Stat. v. Piacenza, Padua, Belluno, Feltria.

bannte ihn überdies, oft auf 5 Jahre, aus dem Bezirke der Stadt. Ließ er sich in dieser Zeit im Inlande betreten, so erwartete ihn eine nicht minder empfindliche Procedur. In demselben Kostüm, wie beim Acte der cessio, gießt man ihm öffentlich drei Eimer kalten Wassers über den Schädel und entläßt ihn zurück in die Verbannung. Nur die bitterste Noth, die sichere Aussicht auf schwere Strafen und langwierige Schuldhaft konnte den ehrliebenden Mann bestimmen, sich so schmachvollen Proceduren zu unterwerfen. Wer es irgend vermochte, entzog sich durch Flucht der Härte des Gesetzes.

Nach dieser, ich fürchte, zu lang gerathenen Ausführung über die Geschichte der bonorum cessio wende ich mich zu meinem eigentlichen Thema, dem vom Cedenten zu leistenden Manifestationseide. Die Entstehung desselben kann selbstverständlich nicht weiter zurückreichen, als die Wiederbelebung der cessio selbst. Mit Sicherheit haben wir ihn für den Anfang des 13. Jahrhunderts nachgewiesen. Zwar reproducirt noch Odofredus[33]) wörtlich die Ansicht des Joannes Bassianus, aber er steht mit ihr allein in dem allgemeinen der Glosse folgenden Zuge. Cynus,[34]) Petrus Jacobi,[35]) Albericus de Rosiate,[36]) Bartolus,[37]) Baldus,[38]) Bartholomaeus de Saliceto,[39]) Paulus de Castro[40]) u. a. m.[41]) erkennen durchweg die Pflicht des bonis cedens zum bona indicare, oft ohne, oft mit specieller Erwähnung des Eides (s. darüber ob. S. 445.) an. Auch in die Stadtrechte ist er übergegangen. So bestimmen die Stat. v. Parma v. J. 1347:

Lib. II., Rub. qualiter creditores possint facere pignorari et detineri debitores suos

---

[33]) Ad l. 6 §. 4 C.: de his qui ad eccles. n. 6.

[34]) Ad l. 1 C.: qui bon. ced. poss. n. 7.

[35]) Pract. aurea, Rub. de cessione bon.; ich benutze Ad praxim Papiensis appendix ex praxi Petri Jacobi Rub. 17 de cessione bonorum (Genevae 1694) p. 1119 n. 10.

[36]) Ad l. 1 C. qui bon. ced. poss. n. 7.

[37]) Ad l. 1 cit. n. 5, ad l. pen. (8) D. de cess. bon. n. 3.

[38]) Ad l. 1 C. qui bon. ced. poss. n. 2.

[39]) Ad l. 1 cit. n. 5.

[40]) Ad l. 1 cit. n. 2 i. f.

[41]) Vgl. Jason l. c., Matth. Brunus l. c. fol. 193b.

bannitos. — — post publicationem istorum statutorum nullus possit principaliter detineri si voluerit cedere bonis suis et cesserit cum effectu et omnia sua bona mobilia et immobilia suo sacramento in scriptis dederit cre ditori — —;[42])

Die Stat. v. J. 1494:

Lib. II. Rub. de modo et forma cedendi bonis. — — Teneatur insuper suo sacramento dare creditoribus suis in scriptis omnia sua bona infra terminum arbitrio iudicis statuendum, — — et alio modo cessio facta non teneat. —[43])

Das Stadtrecht v. Caesena[44]) fordert in seiner sehr ausführlichen Rub. de cessione bonorum per debitores ad inopiam deductos, lib. I., daß der Cedent einen genauen status activus einreiche:

bona omnia mobilia et immobilia, iura et nomina debitorum, quae haberet, idem cedere volens specificet — —,

eröffnet sodann das contradictorische Verfahren zwischen debitor und creditores über die Zulässigkeit der freiwilligen Konkurseröffnung und verlangt, wenn diese zu gestatten, den Manifestationseid:

tunc sacramentum sibi deferatur corporale, quod non facit praedicta, nec cedit in fraudem aliquorum creditorum suorum, nec in fraudem desiit possidere bona sua.

---

[42]) Stat. communis Parmae a. 1347, Parmae 1860, p. 152.

[43]) Stat. magn. civ. Parmae, Parmae 1590 fol. Blattzahlen auf der Rückseite des Titelblattes: Statutae haec mag. civitatis Parmae diligenter emendata — publicata fuerunt a. Dom. 1494 die 12 Jun. per eximios consiliarios reipublicae Parmensis. Eine Vergl. mit den Stat. v. 1347 ergiebt, daß bes. das 2. Buch wesentlich umgearbeitet ist.

[44]) Aus der Vorrede der von mir benutzten ob. Anm. 31 ang. Ausg. erfahren wir, daß der Senat v. Caesena beschlossen habe, von den zwei einzigen vorhandenen Handschriften der Stat., deren eine vetustate corruptum, die andere aber usu prope ad ministerio detritum gewesen sei, die letztere in vorliegender Form drucken zu lassen. Die Bestimmung des Alters ist, wie bei den meisten Stadtrechten, äußerst schwierig. Es scheint als ob der uns interessirende Theil der Stat. p. 1—86 in die letzte Zeit

Endlich hat der Schuldner das von diesem Eide ganz unabhängige, mitunter eidliche Versprechen abzulegen, daß er, si in posterum ad pinguiorem fortunam pervenerit, die Gläubiger befriedigen wolle.

Auch die Stat. v. Verona c. a. 1400,[45]) v. Mailand v. J. 1498,[46]) gedenken der mit der Güterabtretung verbundenen eidlichen Manifestation. Die Stat. v. Viterbo[47]) und Mantua[48]) erwähnen das indicare und describere bona, aber nicht den Eid. Matthaeus Brunus berichtet uns, daß auch

---

des 14. Jahrh. zu setzen ist. S. 67 findet sich d. J. 1400, p. 86 beginnen die St. de appellationibus. Malatesta de Malatestis, Sohn des Galeotti de Malatestis und Generalvicar v. Caesena erklärt, daß er im Namen und unter Autorität Bonifacii IX. (1389—1404) die von seinem Vater Galeotti erlassenen Stat. über die Appellation reformiren wolle. (Ueber das Geschlecht der Malatesta s. Leo Gesch. Ital. IV. p. 549). Auch p. 96 findet sich ein solches reformatorisches Stat. v. J. 1434, welches ausdrücklich auf St. lib. I. p. 56 quod extantib. fil. Bezug nimmt. Es wird dadurch meine zuerst ausgesprochene Vermuthung über das Alter der Stat. p. 1—86 wahrscheinlich.

[45]) Lib. II. c. 61. Die vorliegenden Stat. sind reformirt nicht vor 1466, wie sich aus dem Ende des 3. Buchs ergiebt. Aber der Hauptbestandtheil, zu dem auch das ang. c. 61 gehört, ist bedeutend älter; s. die additiones zu lib. I, c. 34, 52, 55, 57, 68, 69, 77, 103, 104, 105, 165, 170 in der Ausg. v. 1475, Vicent.

[46]) Tom. I. cap. 409. Aus den Mittheilungen Briegleb's, Gesch. d. Exec.-Proz., Stuttgart 1845, Bd. 2. S. 215 über die von ihm benutzte Ausg. und aus der Vergleichung der dort abgedruckten Stat. mit den entsprechenden in der mir vorliegenden Ausg. (s. ob. Anm. 31) II. p. 102, I. p. 121 geht hervor, daß auch durch die Revision v. 1498 wesentliche Veränderungen in den alten Statuten nicht erfolgt sind. Vgl. auch St. et Decret ant. Placentiae, Brixiae 1560 fol. 97 sqq.

[47]) Lib. II. Rub. 50. De cessione bon. fol. 191 a. Die bisher ungedruckten Statuten bestehen aus drei, dem Alter nach verschiedenen Bestandtheilen: dem ältesten Theil v. J. 1251, der eigentlichen Hauptmasse, deren Redaction 1458 unternommen und 1469 vollendet wurde, und den additiones der letzten Reformation von 1649. Das ang. Stat. gehört dem zweiten Theile an. Genauere Nachrichten über dieses Stadtrecht werde ich bei einer passenderen Gelegenheit geben. Man vgl. einstweilen Extrait du catalogue de la bibliothèque du sénateur Hubé, Italie, Varsovie 1864, p. 85 sqq.

[48]) Lib. II. Rub. de his qui bonis ced. voluerunt. fol. 147 a. Diese Stat. sind eine Reformation der unter Franc. Gonzaga von Raphael Fulgosius (1367—1427) verfaßten Redaction.

die Stat. v. Rimini vom bonis cedens den Manifestationseid verlangen:

> cum iuramento indicare tenetur ad evitandam omnis suspicionis fraudem iuxta dispositionem statutorum nostrorum Ariminensium sub rub. de debitoribus, ne currant facile ad benef. cessio(nis).[49])

Daß aber die Stadtrechte über unseren Eid und die indicatio bei der cessio bonorum gewöhnlich schweigen, hat seinen guten Grund entweder in dem Umstande, daß sie allgemein vom Exequendus den Manifestationseid verlangen und diesen daher als selbstverständlich in unserem Falle voraussetzen, oder darin, daß sie, wie z. B. die Stat. v. Genua[50]) die bonorum cessio als ein unbrauchbares Institut gänzlich bei Seite geworfen haben.

Wird der Eid vom cedens verweigert oder stellt sich heraus, daß er demselben zuwider Executionsobjekte verheimlicht hat, so gehen ihm die Vortheile der Güterabtretung, welche als nicht geschehen behandelt wird, verloren.[51])

§. 3.

2. Der Manifestationseid des Exequendus.

Mußten wir es noch nach Azo's Worten zweifelhaft lassen, ob der Gläubiger berechtigt sei, allgemein in der Executionsinstanz einen Manifestationseid zu verlangen, so werden diese Zweifel vollkommen beseitigt durch folgende Aeußerung des Jacobus de Arena († gegen Ende des 13. Jahrh.)[52]):

---

[49]) L. c. fol. 193b sqq. n. 4.

[50]) Statut. civilium reip. Genuensis nuper reformator. libri VI., Genuae 1597, (Reform. v. 1588) lib. III., cap. 6, de modo et forma fac. execut., p. 72: leges, quibus conceditur beneficium cedendi bonis non admittentur, nec effectum, aut efficatiam aliquam habeaut, sed irritae, cassae et nullae sint, et habeantur, nec allegari possint. Doch wird allerdings milder gegen den Kridar verfahren, welcher erscheint und freiwillig eine „manifestatio bonorum" vornimmt: lib. IV. c. 7 de decoctis et debitore non solvendo, p. 103.

[51]) Fast stehende Klausel in den oben ang. Stat. über die cessio bon.; vgl. auch St. civ. Riperiae cap. 88 p. 28 (ed. Salodii 1621.)

[52]) Tractat. de excussione bonorum im Tract. ill. Jurisc. tom. III., P. II. fol. 141b n. 12. sqq. Diese Abhandlung wird allgemein dem Jacobus zugeschrieben (s. Savigny Gesch. Bd. 5., S. 403). Nur eine Handschrift (das. S. 404) trägt die Ueberschrift: Tract. excuss. Ja de

potest fieri, quod iudex faciat comparere principalem debitorem et compellat eum per sacramentum et mulctam indicendo indicare bona sua arg. l. sancimus §. licentiam (leg. scimus §. licentia) C. de iure deliberandi (VI, 30) et l. 2 § in exigendis (8) C. quando et quib. quarta pars (X, 34) et arg. no. in l. 1. D. de cess. bon.

Von einer bonorum cessio ist hier nicht die Rede. Es handelt sich lediglich um Konstatirung der Solvenz resp. Insolvenz des Exequendus. Als geeignetes Mittel zur Erreichung dieses Zweckes nennt Jacobus neben der inquisitio de bonis debitoris den Manifestationseid, dessen Rechtfertigung er im §. licentia und §. in exigendis findet. Dem Richter steht es zu, ohne Anführung und Beweis besonderer Verdachtsgründe, natürlich auf Antrag der Partei, den Offenbarungseid zu verlangen und durch multae dictio zu erzwingen. Daß als Zwangsmittel nicht die Personalexecution genannt wird, liegt wohl in der Eigenthümlichkeit des speciellen Falles, nämlich des durch eine exceptio excussionis veranlaßten Verfahrens. Der Gläubiger will nur die Insolvenz des principalis debitor festgestellt wissen, um die Verwerfung der Einrede zu erlangen.

Durantis[53]) berichtet, daß die Frage, ob der Manifestations-

---

Are. et Mar. sy., welche letztere Sigle sicher mit Martinus Syllimanus (s. die das. S. 120 angeführten Sigle) aufgelöst werden muß. Jedenfalls ist eine noch spätere Hand über diesen Tractat hergekommen. Denn die quaestiones additae enthalten Citate v. Bartol. Bald. Angel. und im Tractat selbst finde ich Bartol. citirt (n. 11). Die Kritik wird ferner erschwert durch die fast wörtliche Uebereinstimmung des Tract. mit einem dem Bartolus zugeschriebenen tr. de excussionibus pignorum im Tr. ill. Jurisc. l. c. fol. 140b und die merkwürdige Erscheinung, daß diese letztere Arbeit 1. am Anfang unbedeutender ist, 2. kein Citat irgend eines Schriftstellers enthält, 3. gar nicht in den Gesammtausgaben der Werke des Bart. abgedruckt ist. Dennoch müssen wir nach der ganzen Fassung, der systematischen Gliederung welche sich im letztgenanntem Tract. findet und bei Jac. de Arena fehlt, annehmen, daß jener der spätere ist und dieser nur durch Ueberarbeitung neue Bestandtheile in sich aufgenommen hat. Die im Text ang. Aeußerung, auf welche es uns lediglich ankommt, wird v. Petr. de Ferrariis mit ausdrücklicher Bezugnahme auf Jacob. vorgetragen (s. unt. Anm. 56).

[53]) Speculum (ed. Francof. 1592) lib. II., P. 1 de primo et sec. decreto § nunc videamus, n. 4 quid si dubium sit, ubi sint debitores conventi et

eid in der Executionsinstanz zugelassen werden müsse, theoretisch kontrovers sei. Bartolus bejaht sie entschieden:

> ad l. 6 § 3 Cod. de his, qui ad eccles. confug. (I., 12) n. 2; secundo no. modum discutiendi seu discussionem faciendi de rebus, quae relinquuntur arbitrio iudicis: potest enim facere manu militari et facere extrahi res ubicunque sint et potest cogere ad ostendendum seu iurandum, si aliquid aliud habeat.[54])

Fast wörtlich wird die Aeußerung des Jacobus in einem dem Bartolus zugeschriebenen tract. de excussionibus bonorum wiedergegeben.[55]) Petrus de Ferrariis[56]) behandelt den Manifestationseid in dieser Anwendung als zweifellos berechtigt:

> — poterit iudex cogere et compellere utrumque, tam debitorem, quam fideiussorem per proprium iuramentum manifestare et indicare bona sua et multare eos, si fuerint in hoc contumaces — —.

Ebenso Maranta [57]) u. a. m.[58])

Es liegt nun auf der Hand, daß die Stellung des Manifestationseides in der Executionsinstanz eine sehr verschiedene sein kann. Es kann den Zweck haben, die behauptete oder nahezu

---

ipse comparet, numquid cogi potest res indicare? Dicunt quidem, quod non, arg. D. qui bo. ced. poss. l. in omnibus, nam hoc committitur inquisitioni executoris et sollicitudini indicantis secundum Pileum arg. C. de his qui ad eccl. conf. l. fin § cum autem, nec debet hoc eius sacramento committi. Alii tamen contra: nam et de inquisitione et diligentia erit, ut faciat eum satisfacere de conscientia sua: ut in ea l. § fin. et arg. C. de iure delib. l. scimus § licentia, et arg. Auth. de test. § si vero deducens. Walther a. a. O. S. 30, IV. schreibt „auch G. Durantis — — täuscht diesmal die Hoffnungen, die wir in so hohem Grade auf ihn zu setzen berechtigt waren.“ Das ist alles, was er bei ihm gefunden.

[54]) Gegenüber dieser leibhaftig existenten Stelle lesen wir zu unserem höchsten Erstaunen bei Walther S. 32: „die l. Praesenti hat er (Bartol.) in seinen Kommentaren super I. et II. parte Cod. nicht erläutert“!

[55]) S. ob. Anm. 52., n. 7.

[56]) Praxis aurea, Genevae 1594, form. libell. resp. in act. hypothec. tit. 44, gl. exceptionem excussionis] n. 16.

[57]) Tract. de ordin. iudic., P. VI, exec. sentent. n. 23. (ed. 1567).

[58]) S. Gasp. Beatius l. c. fol. 206a n. 28. ibique cit.

erwiesene Insolvenz zu bekräftigen und den Exequendus von dem Verdachte, Executionsobjekte verheimlicht, resp. bei Seite geschafft zu haben, zu reinigen. An diesen Fall wird heute gewöhnlich gedacht, wenn man vom Manifestationseide des Exequendus redet und von ihm handeln die oben ang. Juristen. Seine praktische Bedeutung aber ist bei einer Executionsordnung, welche die Schuldhaft als allgemeines Vollstreckungsmittel kennt, höchst gering. Denn die Leistung des Eides zieht dieselben Folgen nach sich, wie die Verweigerung, d. h. in beiden Fällen tritt Festsetzung des Schuldners ein und es fehlt somit an einem ausreichenden Mittel zur Erzwingung des Eides. Eine multae dictio hat bei einem ohnedies insolventen Schuldner wenig Wirkung. Von diesem richtigen Gedanken geleitet behandelt das Stadtrecht von Verona die cessio bonorum als selbstverständlich mit dem bona indicare verknüpft.[59])

Durchaus anders steht es, wenn man den Offenbarungseid überhaupt jedem Exequendus auferlegt, welcher nicht freiwillig das Judicat erfüllt, oder doch zur datio in solutum schreiten will. Allerdings dient auch in diesem Falle der Eid zur Feststellung der Solvenz, aber zugleich als Mittel, um dem Gläubiger die Möglichkeit zu bieten, beliebige ihm passend erscheinende Executionsobjekte zu seiner Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners herauszugreifen. Der Zwang konnte hier in Geldstrafen oder anzudrohender Haft auf's erfolgreichste ausgeübt werden. Diese Anwendung des Manifestationseides ist mit besonderer Vorliebe in den Statuten ausgebildet worden.

So bestimmt ein in die erste Hälfte des 13. Jahrhunderts zu setzendes Statut von Moncalieri:[60])

> Rub. de sententiis et condempnationibus et de executione earum.

---

[59]) S. ob. Anm. 42.

[60]) Mon. hist. pat., leg. num. p. 1369. Diese Statuten sind vom höchsten Interesse, weil ihre einzelnen Bestandtheile dem Alter nach genau gesondert werden können und sie uns wie wenige Stadtrechte ein klares Bild von der Entstehung der Redactionen geben. Der älteste Bestandtheil ist auf jeden Fall vor 1277, ja wohl mit Sicherheit in die erste Hälfte des 13. Jahrhundert zu setzen, denn wie wir aus der Vorrede zum ersten Stat. S. 1362 sqq. ersehen, sind die additiones von Petrus Castagnus, Jacobus Capriolus und and. später (in inferiori rubrica) zu erwähnenden Männern gemacht. Diese werden aber genannt p. 1413 unter dem

Si in pecunia fuerit aliquis condempnatus et transacto termino actor ostenderit condempnationem sive sententiam, condempnatus sit in banno denariorum XII., nisi iuraverit bona sua manifestare vel iurare paratus fuerit et statim ei iudex precipiat per sacramentum, quod usque ad X. dies satisfaciat de predicta condempnatione actori, quibus X. diebus transactis, si actor iterum condempnationem ostenderit, condempnatus sit in banno solidorum V. et tunc statim condempnatus, si actor velit, omnia sua bona, quaecunque habet vel alius tenet ipsius nomine consignare teneatur prestito sacramento, dato sibi termino a iudice arbitrio suo ad consignandum.

Der Verurtheilte wird demnach nach Ablauf der Judicatsfrist bei Strafe von 12 Denaren zur Ableistung eines promissorischen Manifestationseides angehalten. Gehorcht er nicht, so setzt der Richter eine neue Paritionsfrist von 10 Tagen an, nach deren fruchtlosem Verlauf abermals und dieses Mal unter höherer Geldstrafe auf eidliche Manifestation angetragen werden kann. Erfolgt nun die Konsignation im dafür anberaumten Termin, so erhält der Gläubiger nach Wunsch die missio in possessionem.

In ähnlicher Weise verlangen eine designatio bonorum die Statuten von Argenta a. 1325.[61]) Das Stadtrecht v. Jvrea, aus dem Anfang des 14. Jahrhunderts,[62]) behandelt denjenigen,

---

J. 1277 (Petr. Castagnus, Jacob. Capriolus, Matth. Piperarius et Matthaeus Lanfrancus), p. 1428 unter dems. Jahr. Es finden sich ferner unter den späteren Statuten (offenbar sind sie chronologisch eingetragen) S. 1410 Rub. si quis cartam d. J. 1266, p. 1413 zwei Stat. mit d. J. 1272, zum erst. Stat. p. 1363 addit. v. 1295, (ebenso ist auch p. 1417 statt 1395 zu lesen), p. 1430 addit: von 1287. Genau zu unterscheiden sind folgende Theile: 1) (p. 1362 — 1413, alte Statuten mit additiones, 2) p. 1413—1431, Nachträge und neue Statuten zwischen 1272—1309, 3) p. 1431 bis zum Schluß, neueste Statuten vom J. 1318—1482. Man ersieht hieraus, wie höchst willkührlich es ist, wenn Ficker a. a. O. S. 93, Anm. 1 die Stat. von Moncalieri in das J. 1295 (vielleicht wegen der additio p. 1363?) setzt.

[61]) Statutae terrae Argentae, Ferrar. 1781, p. 65.

[62]) Mon. hist. pat., leg. mun. p. 1179 sqq. Ficker a. a. O. hat auch für diese Stat. ein bestimmtes Jahr, nämlich 1313. Diese Zeitbestimmung

welcher nicht bona sua expedita consignirt, als insolvent und erkennt die Verpflichtung zur eidlichen Manifestation unumwunden an:

— qui condempnatus non solverit infra terminum condempnationis, debeat quolibet mense cum iuramento omnia bona sua, si creditor maluerit, ipsi creditori dare in scriptis.

In den Stat. von Casale,[63]) wird der Offenbarungseid als nothwendig vorausgesetzt, wenn es heißt:

Rub. De rebus consignandis creditoribus: Item statutum est quod quilibet debitor, qui iuravit consignare bona sua creditori, teneatur.

Hierher gehört ferner folgende Bestimmung des Stadtrechtes von Turin v. J. 1360.[64])

— — iudex — ad solvendum teneatur dare terminum octo dierum condempnato, tempore aliorum iudicum praecedentium, sine eo, quod interim accipiet inde bampnum, scripto vero bampno eodemque ostenso, nihilominus teneatur condempnatus consignare omnia bona sua ad petitionem creditoris, nisi

---

ist ebenso willkürlich wie die der Stat. v. Moncalieri. Es finden sich in dem Stadtr. v. Jvrea eine große Anzahl von Stat. mit Angabe ihres Alters. Diese reichen zurück bis z. Jahr 1282 und gehen nicht hinaus über das Jahr 1329. Dagegen finden wir p. 1142 Rub. de ferrariis i. f. „et duret hic paragrafus usque ad annum currentem 1332 exclusive; p. 1254, Rub. quod nullus ponat butirumi f.: „et duret presens statutum ab anno currente 1326 exclusive usque ad. V. annos, p. 1315 Rub. de funo non ponendo i. f. „et duret hoc statutum usque ad annum currentem 1332 et non „ultra", p. 1343 Rub. de becharii i. f.: „et duret presens statutum ab anno currente 1329 usque ad duos proximos venientes." Die Aufnahme dieser Stat. unten, von denen das letzte fast unmittelbar am Schlusse des Stadtr. steht, beweist auf das schlagendste, daß bei Vollendung der Redaction, wie sie uns vorliegt, das Jahr 1331 noch nicht verflossen war. Wir bestimmen somit das Alter derselben mit Bestimmtheit 1329—1330. Schließlich bemerke ich noch, daß die Statuten in zwei Theile zerfallen (abgesehen von der Büchereintheilung): nämlich in einen ersten bis p. 1317, welcher das eigentliche Stadtrecht enthält, und einen zweiten, der ein Anhang von Verträgen und Spezialstatuten ist.

[63]) Mon. hist. patr., leg. munic. p. 947 vgl. mit Rub. si debitor recus. p. 948. Zur Bestimmung des Alters s. p. 981 d. J. 1350, p. 1076 d. J. 1272 (bis)

[64]) Rub. de requirendo debitor. p. 659.

in scriptis sine sacramento dare voluerit creditori tantum de suo mobili, unde sibi de suo credito solvi possit — —: et de mobilibus aestimatis — possit creditor et debeat capere ad voluntatem suam usque ad satisfactionem debiti — —; qui vero, postquam iuraverit, bona sua obmiserit consignare, solvet pro bampno solidos V.

Die Practicabilität dieser Bestimmungen liegt auf der Hand. Man erreichte so auf bequeme Weise, ohne langwierige Nachforschung über den Vermögensstand des condemnatus, einen vollkommenen status activus, auf Grund dessen die Execution leicht ausführbar wurde. Ueber den Begriff, welchen man heute oft mit dem Manifestationseide verbindet, ging man damit freilich weit hinaus. Der Unterschied liegt in dem Umstande, daß wir stets eine inquisitio de bonis oder eine freiwillige consignatio (z. B. durch Vorlage eines Inventars) voraussetzen, in Folge dessen der Eid den Zweck hat, den Schuldner zur Manifestation der nicht aufgefundenen oder nicht consignirten Objecte zu nöthigen,[65]) während die Italiener eine solche vorgängige inquisitio oder consignatio nicht immer für erforderlich hielten, sondern in dem nicht Zahlen schon eine stillschweigende Erklärung der Insolvenz sahen.

Abweichend von den ang. Statuten wollen die v. Feltria[66]) und Belluno[67]) nicht eine sofortige eidliche Konsignation nach Ablauf der Judicatisfrist. Sie lassen vielmehr in diesem Falle dem gewöhnlichen Vollstreckungsverfahren durch den Executor seinen Lauf, verlangen dagegen vom Exequendus successive, gemäß der Executionsordnung, mehrere Manifestationseide über das Nichtvorhandensein einer jeden Klasse von Executionsobjecten, so

[65]) Doch findet sich in der Literatur und Praxis auch die italienische Auffassung: s. Renaud Lehrbuch d. gem. deutsch. Civilpr. 1867. S. 367 Anm. 25, das Citat aus Petr. de Ferrariis habe ich nicht auffinden können. Renaud hat wohl nur die von Berlich dem Ferrariis zugeschriebenen Worte wiedergegeben.

[66]) Lib. III., Rub. 29, p. 161. Der Schuldner hat die Pflicht dem Executor seine Güter zu designiren. Salvo, quod si suo sacramento iuraverit, quod non habeat de bonis mobilibus, quod possit designare de immobilibus. Et si iuraverit, se non habere mobilia, nec immobilia, quod possit designare nomina.

[67]) Lib. II., c. 94. p. 112 sqq. c. 99 p. 117.

daß jener, selbst wenn er weitaus genügende Immobilien nachweist, doch nicht dem Eide: quod non habeat de bonis mobilibus, entgeht.

Ganz ähnlich ist der Eid, welchen nach den Stat. v. Castro und Roncilione[68]) der debitor condemnatus vel confessus leisten muß, wenn er in pecunia numerata zu zahlen verpflichtet ist und zur datio in solutum schreitet. Er schwört se in pecunia numerata solvere non posse und überreicht außerdem eine vollständige, beeidigte lista omnium et singulorum suorum bonorum, aus welchen der Gläubiger zur Wahl berechtigt ist.

3. **Der Manifestationseid dritter Personen in der Executionsinstanz.**

Schon oben ist darauf hingedeutet worden, daß nach germanischen Rechtsgrundsätzen jeder Dritte, welcher des Besitzes oder der Verheimlichung von Executionsgegenständen geschuldigt wird, sich durch den Eid reinigen muß. Dieser Eid, welchen die Juristen den in l. 6 § 4 C. de his, qui ad eccles. conf. gleichstellen, war ein Manifestationseid.

So sagt Barthol. de Saliceto ad leg. cit. n. 2 ganz allgemein:

> ulterius nota, textum in vers. sicubi, qui vult, quod habitus suspectus de depositione rerum penes eum facta, etiam si sit clericus, tenetur iurare et suspitionem iuramento purgare, quod est menti tenendum.

Das Stadtrecht von Piacenza v. J. 1391 macht von dem eben Gesagten folgende Anwendung: Es legt jedem Dritten, bei welchem Objecte des Arrestimpetraten sequestrirt werden, einen Manifestationseid über die vorhandenen Objecte auf:[69])

> — ut quod ille, penes quem factum fuerit sequestrum, teneatur et debeat ac cogi possit per iudicem remediis iuris ad postulacionem illius, qui dictum saximentum fieri fecerit, iurare coram dicto iudice et manifestare suo sacramento totum id, quod habebat penes se tempore saximenti de bonis seu rebus illius, cujus bona fuerunt saxita: et etiam totum id,

[68]) Lib. II., Rub. 24 quibus casibus offerens (ed. Roncilione 1648).

[69]) Stat. antiq. Com. Placent. lib. II. c. 28 p. 275 in Stat. varia civ. Plac.

[70]) Einem Manifestationseid ähnlich ist der Eid, welchen die Stat. v.



quod eidem tempore saximenti dare tenebatur quavis occasione.[70])

Es ist ferner erwähnt und ausgeführt worden, wie sich der Parteieid zu einem auf inquisitorischen Wege zu erpressenden Zeugeneide bei denjenigen Personen gestaltete, welche wegen ihrer nahen Beziehungen zum Exequendus über dessen Vermögensstand genau unterrichtet zu sein pflegen. Schon bei Azo fanden wir diese besondere Anwendung und Umwandlung des Eides. Mit ihm stimmt Jacobus de Arena überein, welcher im Anschluß an die oben mitgetheilte Aeußerung also fortfährt:

et idem faciet de uxore et aliis domesticis, qui talia scire possunt, arg. l. consensu § servis (l. 8 § 6) C. de repud. (V. 17),

wogegen er bei den vicini nur ganz allgemein eine Befragung für genügend hält:

et si nil inveniatur, concitet propinquos et vicinos, qui testificentur super hoc et si dixerint, se nescire de bonis eumque non esse solvendo, saltem fama et opinio circumastantium sufficiet.

In der Wissenschaft wurde der Eid der Familienglieder eifrig weitercultivirt, nachdem Bartolus[71]) und Petrus de Ferrariis[72]) sich für ihn entschieden hatten. Dagegen hat er in der Praxis nur wenig Verbreitung gefunden, ist nie zum gemeinen Gewohnheitsrecht geworden. Nur in den Statuten von Parma von 1494 finde ich ihn im vollen Umfange recipirt. Ich führe das Statut, welches auch für den ersten sub N. 3 besprochenen Fall von Interesse ist, in extenso an:

lib. II., Rub. de bonis debitorum vel contumacium ad petitionem creditorum inquirendis,

Ad inquirendum de bonis debitorum vel contumacium

Lucca lib. I., cap. 110, fol. 54a (ed. 1539) vom debitor debitoris in der Executionsinstanz verlangen: et eo casu, quod nomina assignarentur, seu assignari intenderentur, possit et debeat executor ad petitionem creditoris citari facere debitorem debitoris, et eum interrogare sub iuramento praestando, si debeat, et quantum debet, —. Vgl. d. Hannöv. bürg. Proc.-Ord. §. 555.

[71]) Tr. de excuss. pignor. n. 8.

[72]) Vergl. ob. Anm. 56 — Iure amplius compellere ad hoc poterit uxorem, filios et domesticos eorum, qui possunt verisimiliter habere nota bona ipsorum arg. C. de repud. l. consensu § servis.

aut condemnatorum vel quibus facta essent praecepta secundum formam statutorum Parmae D. potestas et sui iudices et quilibet officialis communis Parmae teneatur et debeat ad postulationem creditorum compellere iuris remediis omnibus omnes personas habitatores civitatis episcopatus et districtus Parmae, quas ipsi creditores dixerint habere penes se vel scire debere penes alios esse vel aliter de bonis supra contentorum ea bona manifestare et dicere et indicare suo sacramento prestito, ut ipsis creditoribus citius et melius satisfiat.

Wohl das einfache inquirere ab uxore, filiis oder vicinis findet sich in anderen Statuten, z. B. v. Modena, Bologna, Rom, Friniani, aber von einem Manifestationseide ist nicht die Rede. Gewöhnlich geschieht die Feststellung der Insolvenz durch Erlassung von Proclamen, in denen Jedermann aufgefordert wird die Executionsobjecte, welche sich seines Wissens bei einem dritten oder in seinem eigenen Besitze befinden, in bestimmter Frist gerichtlich anzuzeigen. So wurde die von der Doctrin geschaffene Mißgestalt eines an sich ungesetzlichen Zeugeneides durch die Praxis glücklich ausgeschlossen.

§. 4.

4. Der Manifestationseid als Liquidationsmittel.

Wir haben bisher nur vom Manifestationseide in der Executionsinstanz gehandelt — denn auch der Eid des bonis cedens gehört unter diese allgemeine Rubrik —; es bleibt uns die Aufgabe ihn in seiner zweiten, in der Aufschrift angegebenen Richtung näher in's Auge zu fassen. Die hierher gehörigen Fälle werden von den oben erörterten niemals genügend gesondert.[73]) Aber mit Unrecht. Denn dort handelt es sich um den factischen Umfang des exequirbaren, schuldnerischen Vermögens, um die Angabe von Executionsobjecten, hier um den Umfang des Anspruches, resp. der Verpflichtung, das quanti ea res est, um die Angabe von Streitobjecten. Dort ist der Eid ein Hilfsmittel für richterliche Gewalt, welcher nach italienischer, gemeinrechtlicher Anschauung auf Antrag der Partei das inquirere

[73]) Selbst Renaud, der sich bemüht, möglichst zu distinguiren, entgeht der prinzipielle Unterschied der beiden Klassen von Manifestationseiden.

de bonis debitoris obliegt; hier ist er ein wahres Beweismittel zur Liquidation des klägerischen Anspruches. Der Beklagte soll durch ihn zur Manifestation von Streitobjecten gezwungen werden, deren Existenz Kläger vielleicht nicht einmal ahnt, geschweige denn auf anderem Wege beweisen kann. Die Singularität dieses Beweismittels liegt auf der Hand. Es muß daher streng auf die Grenzen beschränkt bleiben, welche ihm Gesetz und klar nachweisbares Gewohnheitsrecht gezogen haben.

Versuchen wir diese für Italien festzustellen. Unzweifelhaft gehört hierher der Fall der l. 2 § 2—4 Cod. quando et quarta pars (X. 34)[74]) Der Erbe soll der Kurie gegenüber eidlich feststellen: quae quantique sint pretii facultates:[75]) Nicht seine Solvenz ist in Frage, sondern der Umfang der quarta pars, welche er schuldet, zu liquidiren. Mit dem Fortfall der alten Städteverfassung mußte jedoch dieses Gesetz in Italien seine Geltung verlieren.

Mehr Schwierigkeiten bietet der Manifestationseid der l. 22 §. 10 Cod. de iure deliber. (VI., 30). Da thatsächlich, wenn der Erbe vom beneficium inventarii Gebrauch macht, über die Erbschaft ein Separatkonkurs entstehen kann und die Forderungen der Erbschaftscreditoren, resp. Fideicommissare in quali et quanto abgesehen vom Eide erwiesen werden müssen, so möchte man geneigt sein anzunehmen, daß der Manifestationseid des inventarisirenden Erben, wie der des bonis cedens, lediglich zur Feststellung der Executionsobjecte dient. Bei näherer Betrachtung aber erweist sich diese Auffassung als unhaltbar. Der Eid hat auch hier nur die Aufgabe, die Haftungspflicht des Erben, welche durch die Anfertigung eines ordnungsmäßigen Inventars bis auf den Belauf der Erbschaft beschränkt ist, in quanto zu constatiren. Es sollen nicht nur die gegenwärtig noch vorhandenen, sondern auch alle nicht inventarisirten, auch die später durch den

[74]) Vgl. über diese Stelle Wetzell S. 268.

[75]) Es ist richtig, wenn Renaud, Arch. f. pract. Rechtswissenschaft Bd. 8, 1860, S. 121 hervorhebt, daß dieser Eid ein Recht des Erben ist, also eigentlich nicht mit dem Eide der l. 22 §. 10 C. de iure delib. zusammengestellt, noch als wahrer Manifestationseid behandelt werden darf. Aber beides ist von den Italienern durchgehends geschehen und da wir es hier nur mit dem italienischen Gewohnheitsrecht und der Dogmengeschichte zu thun haben, so kann auf jene Bedenken nicht Rücksicht genommen werden.

Erben zu Grunde gerichteten und vernachlässigten Objecte manifestirt werden. Werden solche angegeben, so erwächst daraus dem Erben die Haftungspflicht auf das Doppelte der unterschlagenen und überdies untergegangenen Objekte. Da die letzteren gar nicht mehr existent sind, können sie niemals Executionsgegenstände sein. Es decken sich also Haftungspflicht und der vorhandene Bestand der Erbschaftsstücke keineswegs immer und es wird, wenn jene über diesen hinausgeht, in Objecte exequirt werden müssen, deren Angabe durch den Manifestationseid gar nicht erzwungen werden soll, ich meine in das Vermögen des Erben selbst. Auch läßt sich nicht einwenden, der Eid habe den Zweck, zur Manifestation der gegen den Erben aus der Unterschlagung erwachsenden Forderungen, als Executionsgegenstände, zu nöthigen. Denn nicht auf diese, sondern auf die Erbschaftsobjecte selbst ist er gerichtet. Seine Aufgabe ist also nicht, zur Erledigung der rein factischen Frage, in wie weit die Execution möglich sein werde, sondern der Frage des materiellen Rechts, in welchem Umfang der Erbe verhaftet ist, zu dienen, wie er denn auch im Beweis- oder Liquidations- nicht im Executionsverfahren zu deferiren ist.

Die gemeinrechtliche Geltung der l. 22 §. 10 cit. steht in Italien außer Zweifel.

Heutzutage pflegt man ferner anzunehmen, daß bei der hereditatis petitio, wie bei der actio familiae erciscundae der Restitutionspflichtige zur eidlichen Manifestation genöthigt werden könne. Ein gemeines Gewohnheitsrecht dieses Inhaltes habe ich in Italien nicht finden können.

Ob ein solches für Deutschland [76]) nachweisbar ist, lasse ich dahingestellt. Jedenfalls aber muß die Ausdehnung, welche Wetzell dem Manifestationseide bei der hereditatis petitio geben will, [77]) verworfen werden. Er läßt ihn schon dann zu, wenn nur die Erbeseigenschaft und das Factum, daß Beklagter sich im Sterbehause aufgehalten habe, bewiesen ist. Dadurch aber giebt er dem Manifestationseide eine neue, seiner quellenmäßigen und gewohnheitsrechtlichen Natur durchaus zuwiderlaufende Richtung: er benutzt ihn zum Beweise der Passivlegitimation.

---

[76]) Vgl. Renaud Lehrbuch, S. 365 folg.
[77]) System S. 271.

Eine solche Begünstigung des Klägers ist unerhört und weder aus inneren Gründen geboten, noch durch Gesetz und Uebung gerechtfertigt.

Es sind nun auch hier, wie bei dem Manifestationseide in der Executionsinstanz, Fälle denkbar, in denen einer dritten Person die Verpflichtung zum Eide auferlegt wird. So nahmen Bartolus und Baldus ganz allgemein im Falle der l. 22 §. 10 das testimonium domesticum als zulässig an.[78]) Ferner enthalten die Quellen einen ähnlichen Fall im Eide der Frau gegenüber den Erben des verstorbenen Mannes. Die Glosse (s. ob. S. 441) äußerte sich, wie wir gesehen haben, durchaus unbestimmt. Aehnlich Petrus Jacobi:

— uxor tenetur indicare bona haeredibus. —[79])

Interessant für das Verständniß dieser schrankenlosen Sentenz sind die Stat. v. Rimini, welche nach einer Mittheilung des Matth. Brunus[80]) die Bestimmung enthalten, daß die Frau verpflichtet sei, nach dem Tode ihres Mannes innerhalb 5 Tagen sämmtliche Mobilien, welche sich im Hause desselben finden, durch einen Notar inventarisiren zu lassen. Im Falle des Zuwiderhandelns verfällt sie in Strafe.

> Unde stantibus praedictis uxor nedum inventarium conficere tenetur, verum etiam bona indicare, quia si ipsa inventarium conficit, de illis bonis est certa, ideo tenetur illa haeredibus assignare, alioquin praesumeretur, si omnia bona non reperientur, uxorem illa surripuisse et sic contra eam agi possit —.

Brunus nimmt also die Manifestationspflicht der Frau, welche von dem Vermögensstande durch Inventarisirung unterrichtet sein muß, unbedingt an. Die Analogie von l. 22 §. 10 C. de iure delib. ist hier in der That zutreffend. Es liegt daher in diesem Falle so, daß eine unbetheiligte dritte Person den Belauf der Erbschaft, also das Recht in quanto, zu constatiren verbunden ist.

Andere Statuten beschränken diese Pflicht auf den Fall, wenn nach dem Tode des Mannes die Frau wegen ihrer Dotalforderungen die Vermögensstücke ihres Mannes in Anspruch nimmt. In diesem Falle soll sie gehalten sein, den Erben und auch wohl

---

[78]) S. Walther, a. a. O. S. 32.

[79]) l. c. (s. Anm. 35).

[80]) l. c. fol. 194a n. 6.

anderen Interessenten die Erbschaft, so weit sie dieselbe in Händen hat, eidlich zu manifestiren; so z. B. nach den Stat. v. Genua:

lib. V, cap. 6 de manifestatione bonorum mariti.

Mulieres, quae pro dotibus, seu iuribus suis consequi voluerint solutionem adveniente casu in bonis mariti vêl cujuscunque alterius, qui pro eo seu dictis dotibus vel iuribus teneretur, obligatae sint et teneantur sub earum iuramento tactis corporaliter scripturis praestito, manifestare legitime omnia et singula bona mariti et cuiuslibet alterius, qui pro dictis dotibus vel iuribus esset obligatus, quae bona dictae mulieres habuerunt vel habent per se vel alias personas vel si alii pro eis et de eorum voluntate, vel ad earum dipositionem habuerunt, aut habent et haec ad instantiam haeredis mariti, seu personae habentis interesse —.

Wird die Manifestation verweigert, so verliert die Frau ihren Dotalanspruch:

Et, si non manifestaverint, non audiantur in earum dotibus et iuribus consèquendis —.

Die Statuten von Feltria verlangen eidliche Manifestation des gesammten ehemännlichen Vermögens. Jedoch handelt es sich hier in der That nur um Feststellung von Executionsobjecten, weil ein Fall gedacht wird, in dem Frau und Erbschaftsgläubiger über ihre Priorität in Bezug auf die von ersterer wegen ihrer dos in Anspruch genommenen Objecte streiten:

Lib. III, Rub. 33, de uxore volente defendere bona mariti.

Item statuimus, quod si uxor alicuius comparuerit coram Iudice, Potestate, vel Rectore volens defendere bona mariti, vel soceri, vel alterius obligati pro dote, occasione suae dotis, infra tertiam diam teneatur iurare et dare in scriptis omnia bona mariti judici, ita quod creditor habent (leg. habeat) copiam et postea infra XV. dies cognoscat, quis sit potior in illis bonis et de non datis in scriptis omnino fiat satisfactio creditori et de ipsis bonis non datis

in scriptis detur tenuta creditoribus statim nulla ipsorum defensione admissa.[81])

Eine so unberechtigte Bedrängung der Frau schon diese Bestimmung enthält, so maßvoll erscheint sie gegenüber der heute verbreiteten und, wenn man will, bereits von der Glosse getheilten Meinung, daß die Frau überhaupt, oder doch, wenn sie sich im Sterbehause aufgehalten, zur eidlichen Manifestation des Vermögens, gleichviel ob sie selbst Ansprüche an dasselbe erhebt oder nicht, angehalten werden könne.[82]) Sinnlos ist es jedenfalls, eine solche exorbitante Anwendung des Eides auf l. 22 § 10 C. de inre delib. zu stützen.

Schließlich erwähne ich als hierher gehörigen Fall den Manifestationseid des Vasallen. Ich ließ oben die Aeußerung der Glosse: item vasalli feuda unerklärt. Nach einer Bemerkung von Matthaeus Brunus[83]) ersehen wir, daß es sich um Errichtung eines eidlichen Lehnsinventars von Seiten des Vasallen (Beneficialerben) vor der Investitur handelt. Aehnlich kann nach den Stat. v. Feltria der Zehntberechtigte vom maricus oder den iurati villae eidliche Manifestation der terrae dare debentes decimam verlangen.[84])

§. 5.

Nachdem wir sämmtliche dem italienischen, romanischen Rechte angehörenden Fälle des Manifestationseides erörtert haben, bleibt uns die Aufgabe, mit wenigen Worten die Form des Eides und das Verfahren darzustellen.

---

[81]) Vgl. hiermit Ben. Carpzov def. p. II., cst. 25, def. 14 — vidua finito iure retentionis mediante inventario vel iuramento rationem administrationis reddere tenetur —; def. P. III., cst 22, def. 9: admittenda est, si quantitatem bonorum nuptialium iuramento suo indicare velit (s. d. cit. St. v. Genua); — P. III., cst. 33 def. 5: lucra muliebria, propria auctoritate apprehendens, beneficio inventarii vel iuramento, quid accepcrit, indicare tenetur (Walther S. 63, r.) Vgl. auch P. Richter (Walth. S. 65a); Mevius (Walth. S. 77. ob.)

[82]) Vgl. z. B. Buelow und Hagemann practische Erörterungen, Bd. 3, S. 233.

[83]) L. c. fol. 194a n. 7: et praedicta locum habent etiam in Vasallo, qui si de suo recto feudo se investiri petit bona, quae in feudum accepit, domino indicare tenetur. Petrus Jacobi, welchen er citirt, ist nicht ausführlicher wie die Glosse.

[84]) Lib. III., Rub. 85, p. 205.

So lange man an der, wie ich glaube, ursprünglichen Bedeutung des Manifestationseides als eines Reinigungseides festhielt, konnte die Form desselben nur eine negativ gefaßte, dem Eide in ed. Luitprandi 57 entsprechende sein. Assertorisch enthielt er die Versicherung, daß weder zu manifestirende Objecte verschwiegen, noch beseitigt seien. Nothwendig mußte aber dem Eide in dieser Fassung entweder die Angabe der wirklich vorhandenen Objecte, oder die Behauptung, daß solche überhaupt nicht existirten, voran gehen. Ueberall, wo die Glosse, die Juristen und Statuten von einem sacramentum purgationis, einem se per sacramentum purgare reden, können wir nur an diese Form des Eides denken. Supponirt kann sie werden bei dem einfachen sacramento oder iuramento bona indicare, manifestare, in scriptis dare. Unverkennbar findet sie sich in den Stat. von Caesena,[85] Feltria,[86] Belluno,[87] Castro und Roncilione,[88] u. a. mehr.

Aber schon Azo kennt neben dem assertorischen Manifestationseid den promissorischen. Es geht das aus der oben angegebenen Stelle der brocardica (s. Anm. 7.) hervor, nach welcher der Eid der indicatio vorausgeht. Ebenso haben mehrere Statuten, die v. Moncalieri,[89] Casale[90]), Parma,[91]) Genua[92]) den Manifestationseid als eine eidliche Versicherung aufgenommen, genau die vorhandenen Objecte angeben d. m. a. W., einen genauen status activus, entweder hinsichtlich des ganzen Vermögens oder gewisser Theile vorlegen zu wollen. Besonders wo schlechtweg die Verpflichtung des Exequendus zur consignatio bonorum besteht, finden wir diese Form des Eides in Geltung.

---

85) Vgl. S. 454.
86) Vgl. Anm. 66.
87) Vgl. Anm. 67.
88) Vgl. Anm. 68. Es ist ein Irrthum, wenn Renaud (Archiv S. 128 folg.) wohl bestimmt durch Walther annimmt, daß die iurata specificatio, das iuramento bona indicare, manifestare nothwendig eine andere Form des Eides in sich begreife, wie sie gewöhnlich als correct angenommen wird. Ich verweise zum Belege nur auf die ang. Stat. v. Caesena S. 454.
89) Vgl. Anm. 60.
90) Vgl. Anm. 63.
91) Vgl. S. 464 fgg.
92) Vgl. S. 469.

Eine besondere Klage auf Leistung des Manifestationseides ist, wie bereits Azo hervorhebt,[93]) nicht zulässig. Ebensowenig wird Relation gestattet.[94]) Als Voraussetzung für die Delation des Eides wird weder die vorgängige Ableistung eines Kalumnieneides, noch der Nachweis irgend welcher Verdachtsgründe jemals erwähnt. Der Rechtsnachtheil, welcher der unbegründeten Eidesweigerung folgt, muß je nach der Natur des Eides nothwendig verschieden sein. Die Stadtrechte erwähnen ausschließlich des Präjudizes in der Executionsinstanz. Hier wird häufig Personalhaft angedroht. Aber schon oben wurde bemerkt, daß diese Drohung nur dort von Effect sein wird, wo nicht die Personalexecution auch dem ausgeschworenen Eide folgt, d. i. also gegenüber jedem bonis cedens[95]) und allen Dritten in der Executionsinstanz zum Eide verpflichteten Personen. Als zweites Mittel zur Erzwingung des Manifestationseides vom Exequendus nennen sowohl Juristen, wie Statuten die multae dictio.[96])

Welches Präjudiz eintrat, sobald der Manifestationseid als Liquidationsmittel auferlegt und verweigert wurde, (vgl. § 4) ist aus unseren Quellen nicht ersichtlich. Doch schließt m. E. die Natur dieses Eides die Anwendung derjenigen Zwangsmittel, welche in der Executionsinstanz zulässig sind, aus. Denn diese sind lediglich Executionsmittel oder Disciplinarstrafen und es giebt keinen Rechtssatz, aus welchem der Gebrauch solcher Mittel zur Erzwingung eines nothwendigen Eides als Beweismittels — und als solchen müssen wir den Parteeid in den Fällen des §. 4 behandeln — rechtfertigen ließe. Nach den Prinzipien des gemeinen Rechtes kann hier lediglich das Präjudiz eintreten, welches überhaupt der Verweigerung eines iuramentum necessarium folgt: d. i. die poena confessi. Es wird sonach angenommen, daß die den Manifestationseid recusirende Partei in der That Streitobjecte verheimlicht habe, und man wird, wenn ein restituere oder exhibere in Frage steht, wegen erwiesenen

---

[93]) Vgl. S. 440: non tamen cogitur per aliquam ordinariam actionem. Für d. heutige Recht s. Wetzell S. 271, Anm. 30.

[94]) Vgl. Cit. bei Wetzell Anm. 33.

[95]) S. ob. S. 459. Der bonis cedens verliert durch die Eidesweigerung das beneficium cessionis: s. Anm. 51.

[96]) Jacob. de Arena, s. ob. Anm. 52., Petr. de Ferrariis z. Anm. 56., St. v. Moncalieri z. Anm. 60.

dolus oder, wenn man will, contumacia in restiuendo vel exhibendo dem Kläger das iusiurandum in litem gestatten können. So also immer, wenn es sich um Restitution eines Vermögensganzen handelt. Daß das iuramentum in litem auch im Falle der l. 22 §. 10 C. de iure del. nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn eine Exhibitions- oder Restitutionspflicht in Frage steht, unterliegt keinem Zweifel. Neuerdings sucht man ohne innern Grund für eine allgemeine Anwendung des Schätzungseides einen Beleg in §. 14 legis 22 cit.[97]) Da nun, wo diese ausgeschlossen ist, die poena confessi an sich dem Deferenten keinen Nutzen gewährt, so bleibt kein anderer Ausweg als zu Disciplinarstrafen vorzuschreiten. — Aber wollte man nichtsdestoweniger das iuramentum in litem zulassen, so muß doch ganz entschieden gegen eine Verwendung desselben in der Executionsinstanz protestirt werden.[98]) Hier ist von einem exhibere oder restituere nicht die Rede, die klägerische Forderung ist in quali et quanto durch Urtheil festgestellt; wie also soll ein Würderungseid gerechtfertigt werden?

Dem Antragsteller steht es jederzeit frei, auch nach ausgeschworenem Eide das Vorhandensein verschwiegener Objecte darzuthun und in dieselben exequiren zu lassen[99]).

Nach Vollendung des vorstehenden Aufsatzes begegnete mir in den Venetianer Statuten v. J. 1242 eine Bestimmung über die eidliche Manifestation seitens des Exequendus, welche ihres hohen Alters und der eigenthümlichen Verbindung wegen, in welcher der Manifestationseid mit einem iuramentum promissorium de solvendo auftritt, interessant genug erscheint, um hier nachträglich eine Stelle zu finden:

---

[97]) Renaud im Archiv S. 116 folg.

[98]) So nimmt Wetzell S. 272 ohne Unterscheidung das iuramentum in litem als Folge der Verweigerung des Eides an.

[99]) Diese Bestimmung ist in den Stat. sehr gewöhnlich. Vgl. z. B. St. Monticalerii p. 1370, St. Taurini p. 659. Für d. heutige Recht a. M. Wetzell S. 273. Vgl. dag. Renaud Lehrbuch S. 364, Anm. 12, welcher jedoch irrthümlich die Rechtfertigung seiner Ansicht in §. 10 l. 22 C. de iure delib. findet. Er vergißt, daß dort der Manifestationseid als letztes, subsidiäres Beweismittel aufgeführt ist, und die Haftpflicht des Erben in duplum sich auf die im Inventar verheimlichten und auf die

lib. I. c. 51.[100]) De illo, qui iudicatus fuerit in curia, ut appager et stet iu curia secundum usum. — — — Si vero (iudicatus) a curia non recesserit, sed praefato modo in curia et territorio Sancti Marci steterit et creditori suo infra eosdem XXX. dies non persolverit debitum, debet in carcerem retrudiusque ad alios XXX. dies, quibus expletis, si debitum non persolverit, iurabit manifestare quidquid habet, quod Dux dabit illud creditori. Pro his vero, quae defecerint creditori suo de debito suo, faciet debitor cartulam promissionis et iurabit, quod de omnibus, quae lucratus fuerit tertiam partem creditori suo dabit, usque quo redditum erit debitum universum. Alioquin stabit in carcere, donec haec faciat, vel persolvat.

Sextus Pomponius.

Von

Theodor Mommsen.

Die oft verhandelte Frage, ob unter den römischen Rechtslehrern es einen oder zwei Pomponii gegeben habe, läßt sich wohl mit ziemlicher Sicherheit zur Entscheidung bringen, wenn man das Verhältniß der Anführungen aus Pomponius zu denjenigen aus Aristo gehörig beachtet.

Titius Aristo[1]), Schüler (Dig. 4, 8, 40) des C. Cassius Longinus (Consul 30 n. Chr., † unter Vespasian), älterer Zeitgenosse

Eidesdelation hin angegebene oder ohne diese anderswie nachgewiesenen Objecte bezieht. Von einem Beweise nach geleistetem Eide ist also nicht die Rede.

[100]) Volumen statutorum, legum ac iurium DD. Venetorum, ed. Rizz. Griffo. Venetiis 1638.

[1]) Denn so heißt er nach Plinius epp. 1, 22. 5, 3; Titus Aristo würde dem Sprachgebrauch der plinianischen Zeit durchaus widerstreiten. Die Adresse Dig. 37, 5, 6 Salvius Aristo Iuliano salutem gehört nicht hierher; daß unser Aristo den viel jüngern Julian befragt haben sollte, ist nicht glaublich und wird der Brief von einem andern Aristo, vielleicht einem Verwandten des Julian herrühren.

des jüngeren Plinius, lebte wenigstens noch im J. 105[2]), war aber damals allem Anschein nach bereits bejahrt und am Ende seiner Laufbahn.[3]) Er wird von Plinius gefeiert als peritus privati iuris et publici und als vielbeschäftigter Advocat und Rechtsconsulent; daß er eine der ersten, wenn nicht die erste juristische Autorität der trajanischen Zeit war, bestätigen auch unsere Rechtsbücher. Dagegen scheint er nicht zunächst als Schriftsteller aufgetreten zu sein. Die Rechtsbücher wenigstens, die seiner oft gedenken, führen keine andern Werke von ihm an als Anmerkungen zu älteren Schriften, zu Labeos posteriora (Dig. 28, 5, 17, 5 vgl. 43, 24, 5 pr.); zu Sabinus (Dig. 7, 8, 6), wo wahrscheinlich dessen Bücher iuris civilis gemeint sind; zu desselben Büchern ad Vitellium (Dig. 33, 9, 3, 1), die auch von Aristos Lehrer Cassius commentirt wurden; zu den libri iuris civilis eben dieses Cassius (Dig. 7, 1, 7, 3. 7, 1, 17, 1. 39, 2, 28). Wenn Gellius (11, 18, 16) eine historische Notiz über die Behandlung des Diebstahls bei den Aegyptern in libro Aristonis iureconsulti, haudquaquam indocti viri, las, so mag er auch damit um so eher nur Anmerkungen zum Sabinus meinen, als er eben vorher dessen liber de furtis angeführt hat. — Dagegen gab es von Aristo eine Sammlung von kaiserlichen Entscheidungen in der Appellationsinstanz; denn etwas anderes können die decreta Frontiana nicht sein, theils weil, wo in der juristischen Litteratur der Kaiserzeit Sammlungen von Decreten auftreten, dies immer kaiserliche Entscheidungen in letzter Instanz sind[4]), theils weil die Fassung der einzigen Stelle, in der dieses Werk angeführt wird, darauf mit Bestimmtheit hinführt[5]). Auch paßt eine derartige Publication

[2]) Der an Aristo gerichtete Brief des Plinius 8, 14 gedenkt des Todes des Consuls Afranius Dexter der, wie wir jetzt wissen, im J. 105 das Consulat bekleidete.

[3]) In dem etwa um das J. 100 geschriebenen Briefe des Plinius 1, 22 erscheint Aristo bereits als Familienvater und zugleich als so schwer krank, daß er daran denkt freiwillig aus dem Leben zu scheiden.

[4]) Man vergleiche die decreta des Paulus.

[5]) Dig. 22, 2, 99 aus Pomponius libro primo senatusconsultorum. Aristo in decretis Frontianis ita refert ..... sanctum Cassium praetorem .... actiones daturum recte pollicitum ..... Also wurde der Spruch des Prätors Cassius, der den fraglichen Prozeß in erster Instanz entschieden hatte, vom Appellationsgericht im Namen des Kaisers bestätigt. Wunderlicher Weise sieht man durchgängig Sanctum als Eigennamen an, der

wohl für einen angesehenen Juristen, der nicht eigentlich Schriftsteller, wohl aber im Consilium wenigstens Traians [6]), vielleicht auch Domitians thätig war. — Großentheils sind Aristos Meinungen aufbehalten worden durch die Schriften seiner Zeitgenossen, die nach schriftlicher oder mündlicher Mittheilung dieselben referiren. Insbesondere gilt dies von Neratius Priscus, der College des Aristo im Consilium Traians (A. 6) und nach Borghesis freilich nicht ganz sicheren Ansätzen Consul im J. 83 und also wohl etwas älter war als Aristo. Briefe von Neratius an Aristo (Dig. 19, 2, 19, 2) und von Aristo an Neratius (Dig. 20, 3, 3 und wohl auch 40, 4, 46) werden angeführt und mehrfach beruft sich Neratius in seinen Schriften auf Aristos Autorität (Dig. 2, 14, 58. 13, 1, 12, 2. 17, 1, 39. 18, 3, 5. 36, 3, 13); worauf auch wohl in der Regel zurückgeht, daß Neratius und Aristo häufig neben einander angeführt werden (Dig. 7, 2, 3, 2. = Vat. fr. 83. Dig. 17, 2, 62. 23, 3, 20. 28, 5, 9, 14. 30, 45 pr. 35, 1, 7 pr. 40, 7, 5, pr.). Ebenso beruft sich Celsus, vermuthlich der Sohn, Consul zum zweiten Mal im J. 129, einige Male auf Gutachten und Briefe des Aristo (Dig. 2, 14, 7, 2. 40, 7, 29, 1). — Eine besonders hervorragende Stelle nimmt Aristo ein unter den von Pomponius angeführten Autoritäten. Insbesondere in den Büchern ad Sabinum (Dig. 17, 2, 62. 18, 5, 1. 19, 5, 16, 1. 26, 9, 1. 30, 45 pr. 36, 1, 21. 38, 1, 4. 40, 7, 5 pr. 40, 7, 11. 41, 1, 19. 46, 3, 16), aber auch in den variae lectiones (Dig. 4, 8, 40. 40, 4, 46) und den epistulae (Dig. 26, 7, 61. 40, 5, 20), in den Schriften ex Plautio (Dig. 1, 8, 10. 23, 2, 40), ad Q. Mucium (Dig. 40, 7, 29, 1), fideicommissorum (Dig. 36, 1, 72), senatus consultorum (Dig.

---

dann bald vertheidigt, bald emendirt wird. Was die Bezeichnung der decreta als Frontiana bedeutet, weiß ich nicht; vielleicht ist zu lesen decreta Frontiniana und zu denken an den als Staatsmann und Schriftsteller gleich ausgezeichneten Sex. Julius Frontinus, Consul zum ersten Mal unter Domitian, zum zweiten Mal im J. 97, zum dritten Mal im J. 100. Es ist sehr glaublich (vgl. Plinius ep. 5, 1), daß dieser in dem Consilium Domitians eine hervorragende Stelle einnahm; und wenn Aristo eine Sammlung Entscheidungen des Gerichtshofes aus dieser Epoche unter Nerva oder Traian publicirte, so begreift man, daß er dieselbe nicht nach dem Kaiser damnatae memoriae, sondern anderweitig benannte.

[6]) Im Consilium Traians erscheint Aristo neben Neratius Priscus bei Papinian (Dig. 37, 12, 5).

29, 2, 29) wird auf Aristo Bezug genommen, wozu noch die Stellen hinzutreten, wo eine von Pomponius angeführte Meinung des Aristo ohne nähere Bezeichnung der Schrift (Dig. 36, 1, 3, 2. 39, 5, 18 pr.) und wo Pomponius und Aristo neben einander angeführt werden. (Vat. fr. 83 = Dig. 7, 2, 3, 2; Dig. 28, 5, 19 von Ulpian; Dig. 23, 3, 20 von Paulus), so daß von sämmtlichen uns erhaltenen Anführungen des Aristo fast der dritte Theil auf Pomponius kommt. Damit ist sicher in Verbindung zu bringen die von Paulus (Dig. 24, 3, 44 pr.) angeführte Schrift des Sextus Pomponius digestorum ab Aristone in wenigstens fünf Büchern. Digesta heißt bei den römischen Juristen die Zusammenstellung der sämmtlichen wissenschaftlichen Arbeiten eines Rechtsgelehrten, sei es daß sie von ihm selbst oder von einem Späteren herrührt; dieselben scheinen sich von unseren sämmtlichen Werken wesentlich nur durch die systematische Zusammenstellung unterschieden zu haben[7]). In dieser Weise hat also Pomponius Aristos juristische Ansichten zusammengestellt. Was die Quellen anlangt, aus denen er schöpfte, so beruft er sich wohl auf notae (Vat. fr. 88), decreta (Dig. 22, 2, 99), so wie auf responsa und Briefe (Dig. 36, 1, 3, 2. 40, 4, 46. 40, 7, 29, 1) des Meisters, nie aber auf mündliche Mittheilung, die auch nach den Zeitverhältnissen — denn Aristo war im J. 105 ein alter Mann, Pomponius nachweislich noch nach dem J. 161, in dem Pius starb, als Schriftsteller thätig — wenn nicht schlechthin unmöglich, doch wenig wahrscheinlich ist. Also wird angenommen werden dürfen, daß man in Hadrians Zeit das Bedürfniß empfand die von Aristo, wohl der ersten juristischen Autorität der trajanischen Zeit, in Anmerkungen, Gutachten, Erkenntnissen und sonst zerstreut aufgestellten Ansichten übersichtlich zusammenzustellen und daß Pomponius es war, der diese Sammlung redigirte und sodann in allen seinen eigenen Schriften von Aristos Autorität den umfassendsten Gebrauch machte. Wenn späterhin die hadrianischen und nachhadrianischen Juristen, so Julianus (Dig. 12, 1, 9, 7. 35, 2, 1, 9 = Vat. fr. 68), Maecianus (Dig. 32, 95), Marcellus (Dig. 29, 7, 9), Tertullianus (Dig. 29, 2, 30, 6), Marcianus (Dig. 30, 88. 33, 7, 17, 1), besonders aber Paulus und vor allem Ulpian, den Aristo ziemlich häufig

---

7) Darüber handelt die nachfolgende Miscelle.

und meistens ohne nähere Bestimmung der Quelle anführen, so werden ohne Zweifel diese Anführungen gleichfalls wesentlich auf Pomponius zurückzuführen sein.

Hiernach muß es als durchaus unwahrscheinlich bezeichnet werden, daß neben dem wohlbekannten und oft genannten Pomponius noch ein anderer Jurist des Namens Sex. Pomponius vorkommen soll. Denn in den Arbeiten jenes Rechtsgelehrten nimmt Aristo eine so hervorragende Stelle ein, daß er nicht wohl gesondert werden kann von dem Sex. Pomponius, der Aristos Arbeiten gesammelt und herausgegeben hat. Ein gewisser Unterschied in der Bezeichnung ist allerdings vorhanden, aber er beruht weniger auf Verschiedenheit der Person als auf Verschiedenheit der Zeit. Der älteste Schriftsteller, der den Pomponius anführt, ist Julian, und zwar an drei Stellen[8]), von denen die eine (Vat. fr. 88) gleichfalls den Aristo und wahrscheinlich nach Pomponius citirt. Es hat durchaus nichts Unwahrscheinliches, daß Julian, als älterer Zeitgenosse des Pomponius, die frühesten Schriften desselben, etwa jene Zusammenstellung der Meinungen des Aristo gekannt und gelegentlich gebraucht hat; und es ist ferner begreiflich, daß er den damals noch wenig bekannten Schriftsteller durchaus mit seinem vollen Namen Sex. Pomponius bezeichnet. Sex. Pomponius heißt er ferner bei Tertullianus (Dig. 29, 2, 30, 6), der ebenfalls noch dem zweiten Jahrhundert angehört. Scaevola unter Marcus ist der älteste Jurist, der ihn unter dem

---

[8]) Ulpianus l. XXXI. ad ed. (Dig. 17, 2, 63, 9): et ait Iulianus Sextum Pomponium referre Sabinum respondere, woraus die griechische Uebersetzung, gewiß durch eine auf D. 30, 32 pr. fußende Interpretation macht *καὶ Σέξτος καὶ Πομπώνιος*. Ferner Ulpianus l. XVII. ad Sab. (Vat. fr. 88) Iulianus subicit Sextum quoque Pomponium referre, wo die Handschrift allerdings noch et nach quoque einsetzt. Endlich Dig. 28, 5, 41, wo die Worte ut refert Sextus Pomponius zwar jetzt unter der Ueberschrift Pomponius l. XII. ex variis lectionibus stehen, aber, wie Blume (Zeitschrift f. g. R. 4, 377) längst richtig bemerkt hat, gewiß stehen geblieben sind aus dem ursprünglichen Schluß der aus Julianus l. XXX. digestorum entlehnten l. 40, indem die Compilatoren das Citat Julians späterhin bei Pomponius selbst fanden und durch dessen eigene Worte zu ersetzen beabsichtigten. — Nicht hierher gehört Dig. 3, 5, 5, da mit l. 5 §. 2 (meiner Ausgabe, l. 6 pr. der früheren) ein neues Fragment nicht beginnt.

bloßen Namen Pomponius zweimal anführt[9]); bei den Juristen des dritten Jahrhunderts Ulpianus, Paulus, Marcianus, die ihn durchgängig berücksichtigen, erscheint diese Bezeichnung jetzt als die stehende und nur in den indirecten Anführungen Ulpians nach Julian und Tertullian, ferner in dem einen oben angeführten ausführlichen Citat des Paulus findet sich bei ihnen die vollere Bezeichnung.

Außerdem begegnet noch bei Ulpian an zwei Stellen Sextus, einmal schlechtweg (Dig. 29, 5, 1, 27)[10]), einmal (Dig. 30, 32 pr.) in der Wendung tam Sextus quam Pomponius putant; ebenso bei Gaius an einer Stelle[11]) Sextus neben Julianus, welche Stellen man gewöhnlich auch hierher zieht. Da indeß unter dieser Voraussetzung in der zweiten Stelle entweder ein Schreibfehler oder ein Versehen Ulpians angenommen werden muß, so wird der einfachste Ausweg sein wenigstens den Sextus Ulpians entweder, wie schon von Anderen vorgeschlagen ist, mit dem einige Male (Dig. 4, 8, 7 pr. 43, 24, 1, 6) neben Pomponius angeführten Sex. Pedius oder auch mit Sex. Caecilius Africanus zu identificiren. Was den Sextus des Gaius anlangt, so steht zwar nichts im Wege bei ihm an Sex. Pomponius zu denken, doch möchte die Vergleichung mit Ulpian es empfehlen auch hier den Africanus zu verstehen; um so mehr da dieser zu Julian bekanntlich in naher Beziehung steht und auch unter dem Namen Sex. Caecilius angeführt wird.

---

9) Dig. 3, 5, 8. 13, 1, 18. Marcellus citirt den Pomponius nirgends, schrieb aber Anmerkungen zu seinem liber regularum. D. 49, 17, 10 ist ex nota Marcelli natürlich Theil der Inscription.

10) Die Griechen lesen zwar für Sextus hier Servius, aber ohne Zweifel unrichtig; denn Ser. Sulpicius, der Zeitgenosse Ciceros, hat das silanische Senatusconsult nicht gekannt.

11) 2, 218: Iuliano et Sexto placuit. In der Handschrift steht zwar ex sexto, aber in ihr selbst ist, wie die neuerdings von Hrn. Studemund ausgeführte Nachvergleichung derselben gezeigt hat, von dem alten Corrector ex in et geändert worden.

Die Bedeutung des Wortes digesta.

Von

Theodor Mommsen.

Unter digesta versteht man jetzt nach Hugos Vorgang wohl in der Regel ein in gewisse Abschnitte zerlegtes Werk, so daß zum Beispiel bei den justinianischen die Benennung zunächst auf die sieben Partes bezogen wäre. Indeß diese Annahme hält weder logisch noch philologisch Stich. Der Umstand, daß ein Werk in irgend welche äußerlich gesonderte Abtheilungen zerfällt, ist so häufiger und so äußerlicher Art und so gleichmäßig auf jedes größere oder kleinere, systematische oder miscellane Werk anwendbar, daß es seltsam erscheint davon den Titel zu entlehnen; Benennungen, die auf die Zahl der Theile sich gründen, wie die Trilogien der griechischen Tragödie, die tripertita der römischen Jurisprudenz, würden schon eher begreiflich sein. Prüft man nun aber das Auftreten des Titels überhaupt, so führt die Beobachtung auf ein wesentlich anderes Ergebniß. Es ist dies bereits in dem vorhergehenden Aufsatz dahin zusammengefaßt worden, daß man unter digesta die Zusammenstellung der sämmtlichen Schriften eines Gelehrten oder eines Kreises von Gelehrten in systematischer Folge versteht und insofern diese Bezeichnung unseren 'sämmtlichen Werken' nahe kommt. Diese Behauptung soll im Folgenden erwiesen werden.

Abgesehen von den Digesten Justinians sind uns Schriften dieser Art bekannt von P. Alfenus Varus, dem Schüler des Ser. Sulpicius, Consul 715 d. St., in vierzig Büchern; von ihm und anderen Schülern des Servius, zusammengestellt durch P. Aufidius Namusa in angeblich hundert und vierzig, falls diese Digesten nicht vielmehr mit denen des Alfenus identisch sind[1]);

[1]) Bekanntlich zählt Pomponius D. 1, 2, 2, 44 zehn Schüler des Servius auf, an deren Spitze Alfenus Varus steht und unter denen auch Aufidius Namusa genannt wird; acht von ihnen, fügt er hinzu, seien auch als Schriftsteller aufgetreten, quorum omnes qui fuerunt libri digesti sunt ab Aufidio Namusa in centum quadraginta libros. Meiner Meinung sind diese Digesten nicht verschieden von denen, die bei Gellius und in

sodann von Titius Aristo aus der Zeit Traians in wenigstens fünf Büchern; von Juventius Celsus dem Sohn in neun und dreißig und von Salvius Julianus in neunzig Büchern, beide aus der Zeit Hadrians; von Ulpius Marcellus in einunddreißig und von Cervidius Scaevola in vierzig Büchern, beide aus der Zeit der Antonine. Alle diese Digesten mit Ausnahme der nur mittelbar benutzten des Aristo fanden sich in dem tribonianischen Apparat und sind für die justinianische Compilation ausgezogen worden. Außerhalb der juristischen Literatur begegnet der gleiche Titel kaum; nur spricht Tertullianus einmal von dem 'digestum Lucae'[2]) und braucht auch sonst ähnliche Wendungen. — Prüft man die bezeichneten Schriften, so weit es jetzt möglich ist, so stellen sich folgende Besonderheiten heraus.

1. Während Anführung doppelter Titel in der Weise, daß jeder Titel eine durchaus selbstständige Buchzählung aufzeigt, im Uebrigen in der antiken Literatur wohl unerhört ist[3]), finden sich dergleichen in Beziehung auf 'digesta' verhältnißmäßig häufig. So citirt Gellius (7, 5) eine Stelle des Alfenus digestorum libro XXXIII, coniectaneorum autem secundo. So werden ferner von Celsus außer seinen sehr oft genannten Digesten die libri commentariorum, epistularum und quaestionum zusammen nicht mehr als fünfmal angeführt; und drei dieser fünf Anführungen sind Doppelcitate, so daß die Digesten daneben genannt sind: epistularum libro XI et digestorum II (Ulpian D. 4, 4, 3, 1);

---

den Digesten unter dem Namen des Alfenus angeführt werden und allerdings, wie gleich gezeigt werden soll, wenigstens zum Theil aus dessen Einzelpublicationen hervorgegangen sind. Die Fragmente zeigen, daß Alfenus nicht so sehr eigene Meinungen als die seines Lehrers berichtet; es ist glaublich, daß nach Alfenus Tode ein andrer Jurist dieses Kreises Namusa die Publicationen des Alfenus und die gleichartigen kleineren zusammenarbeitete und somit gewissermaßen servianische Digesten herstellten, die dann bald unter dem Namen des Hauptverfassers, bald unter dem des Herausgebers angeführt werden. Die Differenz der Buchzahl dürfte auf einem Schreibfehler im Texte des Pomponius beruhen, wo centum zu streichen sein wird.

[2]) adv. Marcionem 4, 5. Aehnlich sagt er daselbst 4, 3: et inde sunt nostra digesta, wo die Evangelien gemeint sind; ferner adv. nat. 2, 1, wo er den Varro seine rerum divinarum libri zusammenstellen läßt ex omnibus retro digestis.

[3]) Die Bezeichnung der livianischen Bücher ab urbe condita 109—116 mit dem Beisatz qui est civilis belli primus — octavus und andere ähnliche sind nicht gleichartig.

libro XII quaestionum, digestorum XI (Ulpian D. 28, 5, 9, 2); libro XIX digestorum, commentariorum VII (Ulpian D. 34, 2, 19, 6). Als drittes wesentlich gleichartiges Beispiel wird man die justinianischen Digesten selbst betrachten müssen, welche nach der Absicht der Redactoren ohne Zweifel citirt werden sollten nach dem folgenden Schema: digestorum Iustiniani Augusti libro primo sub titulo de iustitia et iure Ulpiani institutionum libro primo[4]). — Jene Doppelcitate lassen sich meines Erachtens nur erklären durch die Voraussetzung, daß die digesta des Alfenus und des Celsus den justinianischen durchaus gleichartig gewesen sind, nur daß in jenen nicht die Schriften verschiedener Verfasser, sondern bloß die verschiedenen Schriften eines und desselben Verfassers in systematischer Folge, und mit Vorsetzung des ursprünglichen Citats vor jeden einzelnen Abschnitt, zusammengefaßt worden sind. Nur so konnten ohne Schwierigkeit jene Doppelcitate hergestellt werden, wie wir sie bei Gellius und Ulpianus finden; nur so erklärt sich das incongruente Verhältniß der Buchziffern der Specialpublicationen zu den Buchziffern der Digesten; nur so endlich läßt sich die bekannte Thatsache, daß die digesta dem System des Edictes folgen, mit den oben dargelegten Bestandtheilen derselben füglich in Einklang bringen und läßt sich überhaupt begreifen, zu welchem Zweck derartige Republicationen stattgefunden haben.

2. Aus diesem Begriff der digesta erklärt es sich ferner, daß von denjenigen Juristen, deren digesta angeführt werden, in der Regel nur diese benutzt worden sind; neben den sämmtlichen Werken ist eben für Einzelschriften kein Platz mehr. —

[4]) Man vergesse dabei nicht, daß die florentiner Handschrift weder den einzelnen Abschnitten noch in der Regel den Titeln Ziffern beisetzt. Daß der Corrector der Florentina den Titeln durchgängig bald griechische, bald lateinische Ziffern beigefügt hat und daß den einzelnen Abschnitten, die in der Florentina durchaus unbeziffert geblieben sind, in den Neapolitaner Bruchstücken lateinische, in den Pommersfeldener griechische Ziffern vorgesetzt sind, zeigt nur, was auch die Basiliken zeigen, daß man in der byzantinischen Schule früh anfing nach Ziffern zu citiren. Aber die ursprüngliche Publication beschränkt sich in dieser Beziehung lediglich auf die Zählung der Bücher und auch die Publicationserlasse deuten mit keinem Worte auf die der Titel oder gar der Fragmente hin. Daraus erklärt sich auch, daß die Ziffercitate der Griechen so ungemein oft und nicht selten constant von der richtigen Zählung sich entfernen.

Von Alfenus Varus giebt es keine andern Anführungen als aus den Digesten; von Celsus, wie gesagt, nur zwei derartige Citate bei Ulpian, von denen eines deutlich defect ist und auch das zweite sehr wohl verkürzt sein kann [5]). — Daß auch die Anführungen aus Aristo wahrscheinlich alle oder fast alle auf dessen digesta zurückgehen, ist oben wahrscheinlich gemacht worden. — Was Julianus anlangt, so stehen neben den massenhaften unmittelbaren und mittelbaren Anführungen aus seinen Digesten die aus anderen Schriften nicht blos in verschwindender Zahl, sondern es unterliegen auch die meisten derselben nach besondern Bedenken. Zwar von der kleinen Schrift de ambiguitatibus läßt sich eben nur sagen, daß diese entweder, vielleicht weil die darin gegebene Zusammenstellung sich nicht zur Auflösung eignete, von den Digesten ausgeschlossen worden ist, oder daß hier ein Redactionsversehen, sei es der Compilatoren der julianischen, sei es derjenigen der justinianischen Digesten vorliegt. Aber die Anführung von Julians liber primus ad edictum (D. 3, 2, 1) ist, wie längst bemerkt worden, sicherlich von Tribonianus interpolirt, um den singulären Fall, daß ein ganzes Fragment nichts enthält als einen Abschnitt des julianischen Edicts ohne hinzugefügten Commentar, äußerlich zu verdecken. Die Schriften endlich ad Minicium Natalem und ad Urseium Ferocem sind ohne Zweifel absichtlich nicht in Julians sämmtliche Werke aufgenommen worden; denn die in beiden häufig wiederkehrende Formel 'Iulianus notat' zeigt deutlich, daß hier wie in andern ähnlichen Fällen der wahrscheinlich ungenau abgekürzte Titel trügt und dies vielmehr Werke von Natalis und Ferox sind, die Julian nur redigirt und adnotirt hat [6]). — Auch von Marcellus stehen in den Anführungen die Digesten durchaus in erster Reihe;

[5]) D. 12, 1, 1: ut Celsus libro primo quaestionum ait und 34, 2, 19, 2: Celsus libro nono decimo quaestionum quaerit. Da an der letzteren Stelle bald nachher (§ 6) folgt: Celsus libro nono decimo digestorum, commentariorum septimo scribit, so ist in § 2 wohl sicher ungefähr so zu schreiben: libro nono decimo [digestorum, decimo] quaestionum.

[6]) Vgl. z. B. D. 6, 1, 61 aus Iulianus libro sexto ex Minicio: Minicius interrogatus ... respondit ... Iulianus notat. So citirt auch Ulpian D. 10, 3, 6, 9: Urseius ait .... Iulianus autem .. notat und 19, 1, 11, 8: Iulianus ... libro decimo apud Minicium ait. Die vier Stellen, in denen Julian selbst als Respondent genannt oder ähnlich bezeichnet wird (D. 3, 3, 76. 16, 1, 16. 17, 1, 33. 46, 8, 23) sind ohne Zweifel zerrüttet.

doch sind daneben noch zwei andere Werke ad legem Iuliam et Papiam libri sex und responsorum liber singularis von den Byzantinern ausgezogen worden und wird das fünfte Buch seiner Schrift de officio consulis von Marcianus citirt. — Wenn also auch die oben aufgestellte These, daß neben den Digesten Specialschriften desselben Autors nicht angeführt zu werden pflegen, einigen Ausnahmen unterliegt, wie dies ja schon bei dem läßlichen und oft lässigen Verfahren der Compilatoren nicht anders zu erwarten war, so hat sie doch als Regel sich durchaus bewährt, insbesondere wenn man damit zusammenhält, daß übrigens bei keinem einzigen der juristischen Koryphäen die Anführungen sich im Wesentlichen auf eine einzige Hauptschrift beschränken. Neben Labeos posteriora stehen die pithana, neben Papinians quaestiones die responsa und so weiter; Celsus, Julianus, Marcellus dagegen gehen wesentlich auf in ihren Digesten.

3. Eine Ausnahme in letzterer Hinsicht machen allerdings die Digesten des Scaevola. Zunächst tritt hierbei die eigenthümliche Erscheinung ein, daß die namhaften Juristen der folgenden Generation sie nicht zu kennen scheinen; Paulus hat Scaevolas responsa adnotirt, Ulpian und Marcian citiren mehrfach dessen quaestiones, aber vergeblich sucht man bei irgend einem derselben eine Anführung von Scaevolas Digesten. Dies läßt sich wohl nur erklären durch die Voraussetzung, daß die Zusammenstellung der sämmtlichen Werke dieses Juristen erst nach Alexander Severus stattgefunden hat [7]). Wenn nun dies mit dem früher Erörterten sich wohl verträgt, so steht es dagegen damit im Widerspruch, daß die Byzantiner neben einander sowohl die Digesten dieses Juristen wie auch die Specialschriften, insbesondere die Quästionen und die Responsa ausgezogen haben. Aber eben diese Ausnahme gewährt die beste Bekräftigung der Richtigkeit unserer Annahmen. Es ist längst bemerkt worden, daß eine Reihe von Doppelstellen in den Pandecten sich finden, welche unter den verschiedenen Titeln der digesta und der responsa

---

7) Daß die Digesten Scaevolas Anmerkungen von Claudius Tryphoninus enthielten, welcher vor Ulpian und Paulus unter Septimius Severus gelebt hat, schließt diese Annahme keineswegs aus. Auch Tryphoninus kann die Einzelpublikationen adnotirt und bei der Umordnung derselben der Redacteur diese Anmerkungen in die neuen digesta mit aufgenommen haben.

dieses Juristen zwar in der Fassung nicht ganz identische, aber im Wesentlichen stimmende Auszüge enthalten [8]). Die Ursache ist jetzt klar: wer neben den sämmtlichen Schriften noch die Einzelwerke compilirt, wird unfehlbar in den Fall kommen zuweilen dieselbe Stelle zweimal auszuziehen; und hier ist dies um so eher begreiflich, als die byzantinischen Juristen, wie Blume gezeigt hat, die Digesten Scaevolas erst in den Nachträgen benutzten, wobei solche Versehen am ersten vorfallen konnten.

4. Endlich kommt nur bei der bezeichneten Auffassung die Benennung digesta philologisch zu ihrem Rechte. Digerere heißt nicht schreiben oder schriftstellern, sondern ordnen, einen gegebenen Stoff nach bestimmten Kategorien vertheilen; es ist also recht eigentlich die Thätigkeit desjenigen, der Actenstücke und Notizen wissenschaftlicher Art in systematischer Folge zusammenstellt, sei es nun, daß dieselben von einem einzigen Gelehrten oder von mehreren herrühren. Wenn wir den Ausdruck eigentlich nur in der juristischen Literatur im Gebrauch finden — auch Tertullian, indem er zum Beispiel das Evangelium des Lucas [9]) und Varros Arbeit über die heidnische Theologie als digesta bezeichnet, schreibt wie so oft unter dem Eindruck juristischer Begriffe und mit juristischer Phraseologie — so ist die Ursache davon ohne Zweifel, daß hier theils die fachwissenschaftliche Methode sich am energischsten entwickelt hat, theils uns davon mehr übrig geblieben ist als von den gromatischen und andern analogen Fachschriften. Darum nennt auch Justinian sein Rechtsbuch im Titel selbst digesta seu pandectae iuris enucleati ex omni vetere iure und erklärt im Promulgationspatent (Tanta §. 1) den Namen daraus: quia omnes disputationes et decisiones in se habent legitimas et quod undique fuit collectum, hoc in sinus suos receperunt [10]). Will man den Titel mit einem uns geläufigen Ausdruck wiedergeben, so kann man dafür füglich den Ausdruck Compilation setzen; mit dieser so bescheidenen wie richtigen Bezeichnung haben die Byzantiner sich begnügt. Es war auch gar nichts Neues, was damals von ihnen geschah, sondern

---

[8]) Blume in der Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. 4, 325.

[9]) Vermuthlich dachte er auch dies sich als eine abschließende Redaction mannichfaltiger von mehreren zugetragener Notizen über das Leben Jesu.

[10]) Ebenso Inst. prooem. § 4: in quos omne ius antiquum collatum est und daselbst 1, 10, 11.

Anwendung und Steigerung eines seit vielen Jahrhunderten in der fach-, insbesondere in der rechtswissenschaftlichen Literatur bestehenden Gebrauches. Bereits in augustischer Zeit beginnt in der Jurisprudenz dies Zusammenarbeiten und Umordnen bereits herausgegebener Schriften, und natürlich zunächst da, wo es sich gleichsam von selbst ergab, bei den Responsen. Hier war die ursprünglich vom Herausgeber beliebte Ordnung ziemlich gleichgültig und ward durch die Umstellung der Charakter des Werkes nicht wesentlich umgestaltet; andrerseits war für den praktischen Gebrauch solcher Sammlungen, zumal für eine ohne Register auskommende Litteratur, die systematische Zusammenstellung der einzelnen Stücke nach einer allgemein bekannten Ordnung beinahe unentbehrlich. In der Regel sind auch die 'digesta', eben wie unsere sämmtlichen Werke, wohl erst nach dem Tode des Urhebers von Späteren zusammengestellt; wenigstens wo wir nachzukommen im Stande sind, bei Ser. Sulpicius, Aristo, Scaevola ist dies der Fall gewesen und scheint das Kriterium des litterarischen Verfalls, die vom Verfasser selbst publicirten 'Werke', bei der römischen Jurisprudenz sich nicht eingefunden zu haben. Darum sind denn auch die älteren digesta wesentlich Sammlungen von Gutachten und Briefen, wie dies sowohl aus den Titeln der darin zusammengefaßten Einzelschriften hervorgeht, wo wir dieselben nachzuweisen vermögen, wie auch aus dem Charakter der 'digesta' selbst, insbesondere derjenigen des Celsus. Größeren systematischen Werken gegenüber ist dies Verfahren wenig berechtigt und auch in älterer Zeit offenbar nicht in Anwendung gebracht worden; ob das erste Beispiel einer derartigen Compilation in den Digesten Julians oder erst in denen Justinians zu suchen ist, steht dahin. Nur darin ist wohl eine eigentliche Neuerung zu erkennen, daß Justinian nicht blos die Schriften eines einzelnen Juristen oder eines juristischen Kreises, sondern die gesammte juristische Literatur zusammenzufassen befahl; womit dann nothwendig zusammenhing, was bei den älteren digesta in dieser Weise nicht hat vorkommen können, daß das Compiliren in Epitomiren und Interpoliren über- und aufging.

Weimar. – Hof-Buchdruckerei.

Inhalt.

Ausgegeben am 30. Juni 1868.

Weimar. – Hof-Buchdruckerei.





